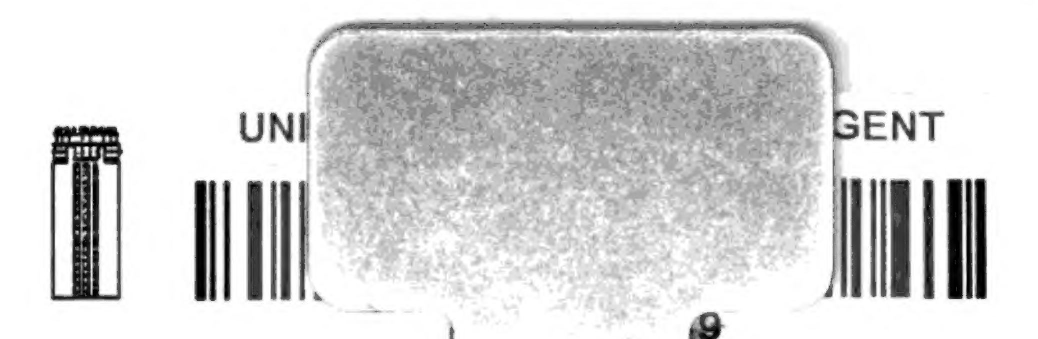

Digitized by Google





Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Entscheidungen

des

Königlichen Geheimen Ober-Tribunals,

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

Dr. August Heinrich Simon,

geheimen Ober-Justiz- und Revisions-Rathe,

und

Heinrich Leopold von Strampff,

Kammergerichts-Rathe.

Vierter Band.

Berlin,

bei Ferdinand Dümmler.

1840.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorbemerkung.

In diesem Vierten Bande sind die Rechtsfälle № 17. 24. 32. 33. 37. und 40. von den Herausgebern bearbeitet worden.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

Digitized by Google

II. Ein erbliches Besitzrecht ist bei einem Kurmudsgut anzunehmen, wenn die Kurmud als Realabgabe von dem Gute entrichtet worden. S. 51.

III. Der, bei Kurmudsgütern in den Gewinnbriefen sich findende Vorbehalt:

„daß der Hof nach dem Absterben der Pächter los und ledig zur freien Disposition wieder anheim fallen und ihre Kinder oder sonstige Erben kein weiteres Recht daran haben sollen, als dasjenige, welches sie auf's Neue wiedergewinnen und ihnen alsdann gestattet wird,"

schließt ein vererbliches Besitzrecht an dem Grundstücke nicht aus. S. 51.

№ 6. Münzsorte. Groschen. Courant. Silbergeld.

I. Die Allerhöchste Cabinetsorder vom 25. October 1825, nach welcher bei künftigen Verträgen und Rechnungen unter der Bezeichnung von Groschen, nur Silbergroschen verstanden sein sollen, bezieht sich nur auf den Fall, wenn in Verträgen die Bezeichnung: Groschen, ohne nähere Angabe der Münzsorte, gebraucht ist. S. 65.

II. Haben die Parteien mündlich contrahirt, so muß bei entstehendem Streit durch Beweisaufnahme ermittelt werden, über welche Art von Groschen sie einig geworden. . . . . S. 65.

№ 7. Cession. Forderung. Schuldurkunde. Besitz. Guter Glaube.

I. Zur Gültigkeit der gänzlichen oder theilweisen Cession einer Forderung ist die Übergabe der, über die letztere sprechenden Urkunde nicht nothwendig. . . . . S. 70.

II. Wenn jedoch ein Activum, ganz oder theilweise, Mehreren cedirt worden, und diese ihren Titel insgesammt von einem und demselben Autor herleiten, so schließt derjenige, welcher den Besitz der Schuldurkunde im guten Glauben eingeräumt erhalten hat, auch die, durch frühere Cessionen erworbenen Ansprüche der übrigen aus. S. 71.

№ 8. Testament. Dorfgericht. Schöppen. Vertretung. Regreß.

I. Ein Dorfgericht ist zur Aufnahme eines Testaments hinreichend besetzt, wenn dasselbe, außer dem Gerichtsschreiber, von dem Schulzen und **zweien** vereideten Schöppen gebildet wird, obgleich bei dem Dorfgerichte noch mehrere Schöppen vorhanden sind. S. 80.

II. Die Vertretungsverbindlichkeit der Mitglieder eines Dorfgerichts, welche bei Aufnahme eines Testaments die gesetzlichen Förmlichkeiten verabsäumen, beschränkt sich auf den Fall, wenn sie unterlassen, das aufgenommene Testament dem Gerichtshalter ohne Zeitverlust einzuhändigen. . . . . S. 80.

№ 9. Creditiren. Militairperson. Portepeefähnrich. Speisewirth. Nützliche Verwendung. Vater. Väterliche Gewalt.

I. So weit Militairpersonen ohne Consens ihrer Vorgesetzten keine

№ 32. **Erbschaft. Miterbe. Erbe ohne Vorbehalt. Beneficial-Erbe. Erbschaftsgläubiger. Solidarität.**

I. Vor erfolgter Theilung der Erbschaft haften mehrere Miterben den Erbschaftsgläubigern nicht solidarisch, sondern blos nach Verhältniß ihrer Erbtheile, sie können jedoch nur gemeinschaftlich, d. h. zusammen, nicht einzeln, belangt werden. . . . . . . S. 302.

II. Es ändert hierin nichts, wenn auch die mehreren Miterben für Erben ohne Vorbehalt zu achten sind, letztere mögen mit Beneficial-Erben concurriren, oder nicht. . . . . S. 303.

III. Die Erben ohne Vorbehalt haften aber für denjenigen Betrag der Nachlaßschulden, für den sie nach Verhältniß ihres Erbtheils aufkommen müssen, nicht nur mit diesem Erbtheile, sondern auch über denselben hinaus mit ihrem eigenen Vermögen und ihrer Person. . . . . S. 303.

№ 33. **Erbe. Activum. Nachlaßtheilung. Schuldurkunde. Cession.**

Nach getheilter Erbschaft kann der Schuldner an denjenigen Erben, welcher sich im Besitze der, über eine Nachlaßforderung sprechenden Schuldurkunde befindet, sicher zahlen, wenn gleich von demselben eine Cession oder Überweisung Seitens der übrigen Miterben nicht vorgelegt wird. . . . . S. 325.

№ 34. **Vorbedungene Zinsen. Quittung. Zahlung. Vermuthung.**

Die über die Zahlung eines Capitals ohne Vorbehalt ausgestellte Quittung begründet zu Gunsten des Schuldners nur die Vermuthung, daß die vorbedungenen Zinsen bezahlt oder erlassen sind, der Nachweis des Gegentheils wird durch diese Vermuthung nicht ausgeschlossen. . . . . S. 336.

№ 35. **Rechnungslegung. Verwalter. Bevollmächtigter. Verjährung durch Nichtgebrauch.**

I. Die fünfjährige Frist, binnen welcher von einem **Verwalter** Rechnungslegung zu fordern ist, widrigenfalls dieselbe für erlassen erachtet werden soll, ist als eine Art der Verjährung durch Nichtgebrauch anzusehen. . . . . S. 341.

II. Diese Art der Verjährung durch Nichtgebrauch wird auch durch außergerichtliches Abfordern der Rechnung unterbrochen. S. 342.

III. Die Befugniß eines Machtgebers, von seinem **Bevollmächtigten** über die Ausführung des Auftrags Rechenschaft zu fordern, unterliegt dieser Verjährung nicht. . . . . S. 343.

№ 36. **Bergbau. Schade. Grundeigenthum.**

Die Bergbauenden sind verpflichtet, den Grundeigenthümern allen, an ihren Grundstücken durch den Betrieb des Bergbaues unmittelbar verursachten Schaden zu ersetzen.

Diese Verbindlichkeit wird auch alsdann nicht ausgeschlossen:

1. wenn die Anlage, wodurch die Beschädigung herbeigeführt worden, nicht **unter** den beschädigten Grundstücken selbst gemacht sind, noch

№ 1.

Vermiether. Pfandrecht. Invecta et illata.

Der Vermiether hat wegen seines Zinses und anderer Forderungen aus dem Miethsverhältnisse die Rechte eines Pfandgläubigers blos auf diejenigen, vom Miether eingebrachten Sachen, welche diesem eigenthümlich gehören, nicht auf die eingebrachten Sachen dritter Eigenthümer [1]).

A. L. R. Th. I. Tit. 21. §. 395., vgl. Tit. 20. §§. 15. 73—75. 80. 89., Tit. 15. §§. 25. 26.

Vgl. ferner A. G. O. Th. I. Tit. 44. §§. 56. 60, Tit. 50. §. 382. a.

In dem, Band I. № 17. S. 151. u. flgd. vorgetragenen Rechtsfall hatte das Geheime Ober-Tri-

1) Vgl. Entscheidungen Bd. I. № 17. S. 151. u. flgd. Der dort in der Note 1) nachgewiesenen Literatur sind noch der Aufsatz von Bielitz, juristische Zeitung, Jahrgang 1834. S. 804. u. flgd. und die Entgegnung eines Ungenannten, ebend. S. 897. u. flgd., so wie Schröter, Handbuch des gemeinen Rechts mit den wichtigsten Gegensätzen der preuß. Gesetzgebung, Lief. 1. S. 140. hinzuzufügen.

bunal den, in der Überschrift enthaltenen Rechtsgrundsatz, unter Vernichtung des, auf die entgegengesetzte Ansicht gegründeten Urtels der Deputation des Instructions-Senats des Kammergerichtes, anerkannt, in der Hauptsache aber die Aufnahme des Beweises über das, von dem Kläger behauptete Eigenthum an den, von dem Verklagten für die Miethszinsschuld eines Dritten retinirten Weinen verordnet. Auf diese Weise gelangte jene Sache an die Richter der ersten und zweiten Instanz zurück, welche sich jedoch, der Vernichtung der früheren Erkenntnisse ungeachtet, nicht abhalten ließen, ihrer frühern Ansicht getreu zu bleiben, und nach erhobenem Beweise den Kläger abermals abzuweisen. Kläger legte auch gegen das anderweitige Appellations-Urtel die Nichtigkeitsbeschwerde ein, und der erste Senat des Geheimen Ober-Tribunals war bei der Berathung in der Sitzung vom 5. Februar 1838 der Meinung, daß, unter Festhaltung des früher angenommenen Grundsatzes, die Richtigkeit des angefochtenen Urtels auszusprechen sei.

Inzwischen kam am 2. Dezember 1837 die Frage über den Umfang des Pfandrechts des Vermiethers auch bei dem dritten Senate des Geheimen Ober-Tribunals zur Erwägung. Gegen eine Entscheidung des Ober-Appellations-Senats des Kammergerichts, welcher in seinen Ansichten mit denen der Deputation des Instructions-Senats übereinstimmte, war nämlich die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt. Diese wies der dritte Senat des Geheimen Ober-Tribunals als unbegründet zurück, und sprach seine Ansicht durch einen, in das Präjudicienbuch eingetragenen Rechtssatz dahin aus:

„Das Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters entsteht mit dem Zeitpunkt der Illation der Ef-

fecten des Miethers und Pächters, und nicht erst zur Zeit der wirklichen Zurückbehaltung derselben. Es erstreckt sich nicht blos auf die, dem Miether oder Pächter zur Zeit der Illation eigenthümlich gehörigen Effecten, sondern hat hinsichtlich der inferirten fremden Effecten die Wirkung, welche der §. 80. Tit. 20. Th. I. des A. L. R. mit dem redlichen Besitze eines Pfandes verbindet, so daß also der Vermiether und Verpächter, wenn er die Effecten zur Zeit der Illation redlicher Weise für Eigenthum des Miethers und Pächters gehalten hat, zur Ausantwortung derselben an den wahren Eigenthümer nur gegen Entrichtung seiner, aus dem Miethս- oder Pachtverhältniß entsprungenen Forderungen angehalten werden kann."

Bei diesem, in Beziehung auf das Pfandrecht des Vermiethers auf die, in das Miethslocal eingebrachten Sachen dritter Eigenthümer sich äußernden Widerspruche fand sich der erste Senat, in Gemäßheit der Allerhöchsten Cabinetsorder vom 1. August 1836. № 3. (Gesetz-Sammlung, S. 219), veranlaßt, vor der Abfassung des Erkenntnisses in dem vorerwähnten Rechtsstreit die Frage an das Plenum zu bringen:

ob und eventuell mit welcher Wirkung das Pfandrecht des Verpächters und Vermiethers sich auch auf die, von dem Pächter oder Miether inferirten, nicht ihm, sondern einem Dritten gehörigen Effecten erstrecke?

In der Plenarversammlung vom 12. März 1838. entschied sich das Geheime Ober-Tribunal für die Ansicht des ersten Senats dahin,

daß das Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters aus §. 395. Tit. 21. Th. I. des A. L. R. auf die eigenen Sachen und Effecten des Miethers und

beziehungsweise Pächters beschränkt sei, und sich nicht auf die, dritten Personen gehörigen, in dem Miethsund beziehungsweise Pachtlocal befindlichen Sachen und Effecten erstrecke.

Gründe.

Nach den Grundsätzen des Römischen Rechts hatte der Vermiether eines praedium urbanum wegen seiner, aus dem Miethscontracte herrührenden Forderungen ein specielles gesetzliches Pfandrecht an allen Sachen, welche von dem Miether, damit sie zum Zweck der Miethe in dem Grundstück bleiben sollten (quae, ut ibi sint, illata fuerint), in dasselbe eingebracht waren, jedoch nur insofern sie Eigenthum des Miethers sind;

l. 4. pr. l. 7. §. 1., D. in quibus caussis pignus vel hypotheca tacite contrahitur (XX. 2.)[2].

l. 4. pr. D. de pactis (II. 14.)[3].

l. 5. C. de locato et conducto (IV. 65.)[4].

---

2) l. 4. pr. l. c.: „Eo jure utimur, ut, quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit; in rusticis praediis contra observatur."

l. 7. §. 1. l. c.: „Videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae, ut sibi sint, illata fuerint, pignori sint. Quod magis est." D. H.

3) l. 4. pr. l. c.: „Item quia conventiones etiam tacitae valent, placet in urbanis habitationibus locatis invecta et illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit." D. H.

4) l. 5. l. c.: „Certi juris est, ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini; nam ea quoque pignoris jure tenentur." D. H.

Diese Hypothek war ursprünglich eine ausdrückliche Conventionalhypothek, und bei der großen Menge armer Miethsleute in Rom, die blos von ihrer Hände Arbeit lebten (proletarii homines), und, außer einem schlechten Hausrath (frivola, wie Ulpian[5]) solchen nennt), nichts besaßen, das gewöhnliche Sicherheitsmittel für die Vermiether der Wohnungen. „Die Verpfändung des Hausraths," sagt Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. XVIII. §. 1087. S. 408., „und was sonst der Miethsmann der Wohnung wegen mit sich brachte, zur Sicherheit des Miethszinses, ward daher bei Hausmiethen so gewöhnlich, daß man zuletzt glaubte, sie verstehe sich von selbst[6]), auch wenn man sie im Contracte nicht ausgedrückt hätte, weil zu vermuthen sei, es werde niemand ohne dies Sicherheitsmittel einen Miethscontract haben abschließen wollen. Das bloße Einbringen der Sachen des Miethsmanns, und die Vermuthung, daß der Contract unter keiner andern Bedingung geschlossen sei, als daß die invecta et illata dem Vermiether für den Miethszins haften sollten, wurde daher zur Entstehung und Begründung dieser Hypothek nach dem Gerichtsgebrauche schon für hinreichend gehalten."

Dieses Römische Pfandrecht setzte nothwendig einen Miethscontract voraus; es erstreckte sich auf diejenigen, in das Grundstück (praedium urbanum) eingebrachten (lebendigen oder leblosen) Sachen — invecta et illata —, welche dem Miether gehörten, und in Beziehung auf die Miethe, zum Zweck derselben (ut ibi sint), dahin ge-

5) l. 11. §. 5. D. de pignerat. actione (XIII. 7.).
D. H.

6) Man vgl. die, in der Note 3) mitgetheilte l. 4. pr. D. de pactis (II. 14.)
D. H.

bracht worden. Es waren daher nur diejenigen darunter begriffen, deren der Miether beim Wohnen bedurfte, und die er deshalb in dem gemietheten Locale hatte. Die Wissenschaft des Vermiethers war hiebei nicht nöthig; die Sachen hafteten ohne Weiteres, sobald sie eingebracht waren. So wie die Illation auf der einen Seite stets mit dem Zweck der Miethe verbunden sein mußte, so blieben andererseits von diesem Pfandrechte immer ausgeschlossen alle diejenigen Sachen, welche Andern als dem Miether gehörten.

Hellfeld, jurisprudentia forensis, §. 1087., hat die Regel über die Gegenstände dieses Pfandrechts kurz dahin zusammengefaßt:

„Pignus speciale leges tribuunt locatori praedii urbani in rebus conductoris, eo animo, ut ibi sint, in praedium conductum invectis et illatis, a momento illationis, non pro mercede solum, sed quoque ob reliquas praestationes, quae ex contractu locationis debentur."

Konnte auch die Verpfändung fremder Sachen durch Vertrag, Verpflichtungen zwischen den Contrahirenden nach sich ziehen, so erstreckte sich doch das gesetzliche Pfandrecht nicht auf fremde Sachen; waren daher diese nicht ausdrücklich als Pfand (pignoris nomine) in das gemiethete Local eingebracht, so konnte sie auch der Vermiether zu seiner Sicherheit wegen des Miethszinses nicht inne behalten;

l. 1. §. 5. D. de migrando (XLIII. 32.).

Vgl. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. S. 293.

Westphal, systematische Erläuterung der Römischen Gesetze vom Pfandrecht. S. 155.

Mackeldey, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts. Ausg. 10. §. 314.

Gesterding, Lehre vom Pfandrecht. S. 97.

Thibaut, System des Pandektenrechts. Ausg. 7. §. 642.

Glück, a. a. O. Bd. XVIII. S. 405.

Auch die vornehmsten, schon zur Zeit der Emanation des A. L. R. in dem Preußischen Staate geltenden Provincialrechte stimmten in dieser Beziehung mit dem gemeinen Rechte überein. Das Preußische Landrecht vom Jahre 1721. verordnete Buch IV. Tit. 5. Art. 10. §. 1.:

„Wann einer jemand ein Hauß vermiethet, oder ein Land-Gut verpachtet hat: So sollen dem Herrn des Hauses, Vorwercks oder Land-Guts, wegen des Hauß-Zinses, oder Pacht-Geldes, so wol des Schadens halber, stillschweigend verpfändet seyn alle des Coloni, Mieth- oder Pacht-Manns Güter, so er in das Hauß, auch ohne Vorwissen des Herrn, eingeführet und gebracht hat;"

das Lübische Recht Part. III. Tit. VIII. Art. XIV.:

„Wäre er (der Miether) auch heimlicher Weise aus der Stadt gewichen, so ist der Hausherr zu seinem im Hause hinterlassenen Gute mit einem Jahr Hüre der nechste vor allen andern Gläubigern;"

wobei Mevius in seinem Commentar, summarium 17. die Bemerkung macht:

„Et quidem jure communi locator habet *in bonis inquilini* in praedium urbanum illatis tacitam hypothecam, si ideo illata sint, ut ibidem existerent."

Beide Gesetzgebungen haben das Römische Recht keineswegs ohne Prüfung und ohne Modificationen aufgenommen; das Preußische Landrecht hat auch dem Verpächter eines Landgutes das Pfandrecht auf die Illaten beigelegt, worin ihm das A. L. R. gefolgt ist; das Lübische Recht dagegen hat das Vorrecht des Vermiethers nur wegen eines einjährigen Zinsrückstandes anerkannt. In Beziehung auf den Grundsatz aber, daß nur des Miethers Effecten haften, sind sie dem gemeinen Recht treu geblieben.

Das A. L. R. verordnet in dem §. 395. Tit. 21. Th. I.:

„Übrigens hat der Vermiether oder Verpächter, wegen seines Zinses und anderer Forderungen, auf die von dem Miether oder Pächter eingebrachten, und zur Zeit der Endigung des Contracts in dem Hause oder Gute noch vorhandenen Sachen und Effecten, die Rechte eines Pfandgläubigers."

Es entsteht nun die Frage: ob das A. L. R. beabsichtigt hat, abweichend von den bisherigen Rechten, die Rücksicht auf das Eigenthum des Miethers oder Pächters gänzlich auszuschließen, und vielmehr dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermiethers oder Verpächters alle Effecten zu unterwerfen, die der Miether oder Pächter in das Grundstück gebracht hat, ohne Unterschied, ob sie ihm selbst oder einem Dritten gehören? Der §. 395. bedient sich zwar des Ausdruckes: „die von dem Miether oder Pächter eingebrachten Effecten," und nicht: „die Effecten des Miethers oder Pächters;" hieraus allein kann indeß eine so bedeutende Abweichung noch nicht gefolgert werden. Suarez sagt in seinen amtlichen Vorträgen bei der Schlußrevision des A. L. R.,

in denen er bekanntlich die Abweichungen von dem gemeinen Rechte besonders herausgehoben und motivirt hat, von einer beabsichtigten Änderung der Art nichts; und auch bei der gegenwärtigen Revision des Landrechts ist aus den Materialien desselben nichts beigebracht, was darauf hindeuten könnte.

Ebenso wenig wird die Vermuthung einer solchen vorsätzlichen Abweichung durch Parallelstellen begründet. Der §. 56. Tit. 44. der Proceß-Ordnung spricht nur davon:

„wenn der Verpächter dem Pächter seine in das Gut gebrachten Effecten und Habseligkeiten zurückhalten will;"

der §. 60. ebend. bestimmt:

„inwiefern der Vermiether sich eines Retentionsrechts auf die eingebrachten Mobilien des Miethers anmaaßen könne;"

und nach §. 382. a. Tit. 50. werden den Pfandgläubigern diejenigen gleich geachtet:

„welche dem Gemeinschuldner ein Grundstück vermiethet oder verpachtet haben; — insofern die zur Zeit der Concurseröffnung in dem vermietheten oder verpachteten Grundstücke befindlichen Effecten des Gemeinschuldners zur Befriedigung des Vermiethers oder Verpächters hinreichend sind."

Es läßt sich zwar aus diesen Stellen der Proceß-Ordnung eine bestimmte Vorschrift für das Gegentheil nicht entnehmen; die §§. 56. und 60. Tit. 44. enthalten nur historische Erwähnungen, und der §. 382. a. Tit. 50., welcher von der Rangordnung mehrerer Gläubiger eines Schuldners handelt, kann selbstredend nur von dem Vermögen dieses Schuldners sprechen, läßt aber die Frage unberührt, ob dem Vermiether, außer dem Anspruche gegen seinen unmittelbaren Schuldner, auch noch ein Recht ge-

gen den Dritten zustehe, dessen Eigenthum sich in dem vermietheten Locale vorfindet. So viel ist indeß gewiß, daß, wenn durch den §. 395. Tit. 20. Th. I. des A. L. R. eine Änderung des gemeinen Rechtes beabsichtigt worden wäre, auch die angeführten Stellen jedenfalls eine andere Fassung erhalten mußten.

Allerdings würde das bisher Angeführte nicht entscheiden, wenn die jetzige Wortstellung des §. 395. keine andere Deutung zuließe, als daß alle, zur Zeit der Endigung des Contracts in dem Gewahrsam des Miethers oder Pächters befindliche Effecten, sie mögen ihm oder einem Dritten eigenthümlich gehören, dem Pfandrechte des Vermiethers unterworfen seien. Diese Voraussetzung tritt aber nicht ein. Man darf nicht übersehen, daß der §. 395. nur der „von dem Miether oder Pächter eingebrachten Sachen und Effecten" erwähnt, und daß diese Bezeichnung nicht gleichbedeutend ist mit der: „von dem Miether oder Pächter auf das Grundstück gebrachte Sachen," wie doch der Fall sein müßte, wenn auch das Eigenthum eines Dritten damit gemeint sein sollte. Vielmehr wird gerade, nach der juristisch-technischen Bedeutung des Begriffes: „einbringen" — „inferre" — oder „Eingebrachtes" — „illatum" — das Eigenthum des Einbringenden an der eingebrachten Sache vorausgesetzt. Dies wird bestätigt durch die Theorie von dem Vermögen der Ehefrau, bei welchem jene Ausdrücke ebenfalls vorkommen. Es wird niemand bezweifeln, daß wo in dem fünften Abschnitt des ersten Titels im zweiten Theile des A. L. R. von dem Eingebrachten der Frau die Rede ist, nur das derselben eigenthümlich zugehörige Vermögen gemeint sei, und die Rechte des Mannes am Eingebrachten sich nicht auf Sachen erstrecken, die der Frau nicht gehören, sondern

die sie nur als geliehen, gemiethet, oder sonst als das Eigenthum eines Dritten im Besitze hat. Mag auch der §. 247. Tit. 1. Th. II. verordnen:

„Über die eingebrachten Mobilien hat der Mann die freie Verfügung,"

so wird man doch dem Ehemanne auf keinen Fall die Befugniß zugestehen, auch eine von der Ehegattin gemiethete Sache zu veräußern. Nun ist aber nicht abzusehen, warum man denselben Ausdruck im Tit. 21. Th. I.:

„die von dem Miether oder Pächter eingebrachten Sachen und Effecten"

einen weitern Begriff unterlegen will. Unläugbar haben beide Verhältnisse eine nicht zu verkennende Ähnlichkeit; die Frau tritt durch Eingehung der Ehe in eine häusliche Verbindung zum Manne, und räumt ihm damit selbst stillschweigend Rechte auf ihr Vermögen ein; der Miether oder Pächter zieht nicht minder in das Haus oder auf das Gut des Vermiethers oder Verpächters, und auch durch diese Verbindung erhält Letzterer vermöge des Gesetzes Rechte auf das Eigenthum des Ersteren. Freilich sind diese viel beschränkter als die Rechte des Ehemannes; sie erstrecken sich nicht über das ganze Vermögen, sondern nur über die Effecten des Miethers oder Pächters, und enthalten nicht ein freies Dispositions-, sondern nur ein Pfandrecht. Dies ist in der anderweitigen, allerdings sehr erheblichen Verschiedenheit beider Verhältnisse begründet. Hier handelt es sich indeß nur um den Begriff vom Eingebrachten, und in dieser Beziehung liegt kein Grund vor, denselben für das eine oder das andere Verhältniß in einer verschiedenen Bedeutung zu nehmen.

Es war aber auch bei Abfassung des A. L. R. keine Veranlassung zur Abweichung in dieser Beziehung

vorhanden. Zwischen dem Verpächter oder Vermiether und demjenigen Dritten, welcher seine Sache vermöge eines, nicht das Eigenthum übertragenden Titels dem Miether oder Pächter zum Gebrauche oder sonst zum Besitze überläßt, besteht durchaus kein contractliches Verhältniß; es ist daher nicht abzusehen, wie dieser Dritte mit seinem Eigenthum für die Schulden eines Andern haften soll. Freilich kann nach der, dem A. L. R. eigenthümlichen Vindications-Theorie (Th. I. Tit. 15. §§. 25. 26.) der Eigenthümer einer, ihm abhanden gekommenen Sache dieselbe von demjenigen Dritten, welcher sie von einer unverdächtigen Person durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht, nur „gegen Erstattung alles dessen, was der Dritte dafür gegeben oder geleistet hat," zurückfordern, und eben dieser Grundsatz soll zufolge des §. 80. Tit. 20. auch für das Verhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigenthümer einer verpfändeten fremden Sache maaßgebend sein. Allein beide Vorschriften setzen einen, in Beziehung auf die fragliche Sache von dem Gläubiger speciell abgeschlossenen Vertrag voraus; sie finden keine Anwendung bei einem nur stillschweigend angenommenen, und deshalb von dem Gesetz in Absicht der Wirkungen einer ausdrücklichen Verpfändung gleichgestellten Pfandrechte, weil die stillschweigende Übereinkunft nicht vorausgesetzt werden kann in Beziehung auf Gegenstände, über welche dem Miether oder Pächter kein Dispositionsrecht zusteht.

Bornemann, Preußisches Civilrecht Bd. IV. S. 503. u. flgd., führt aus, daß es auf die Absicht des Verpfänders und dessen Redlichkeit hier gar nicht ankomme, daß vielmehr das Pfandrecht des Pfandnehmers, hier des Verpächters, in seinem Titel, verbunden mit seinem guten Glauben, beruhe. Allein Letzteres leuchtet nicht ein. Was

den Titel betrifft, so wird bei jener Meinung gerade das, was erwiesen werden soll, schon als unbestritten vorausgesetzt; nach der bisherigen Ausführung kann in Beziehung auf solche Effecten, die nicht dem Miether oder Pächter, sondern einem Dritten gehören, und die nicht ausdrücklich verpfändet worden, ein Pfandtitel nicht bestehen. Der gute Glaube dagegen ist nur in sofern erheblich, als dessen Mangel jedenfalls das Pfandrecht aufhebt; für sich allein aber kann derselbe ein Recht nicht begründen. Ohnehin ist nicht abzusehen, wie dem guten Glauben des Verpächters oder Vermiethers bei Beantwortung der in Rede stehenden Frage ein erheblicher Einfluß eingeräumt werden kann. Der Eigenthümer, welcher sein Grundstück vermiethen oder verpachten will, wird, ehe er den Contract abschließt, sich im Allgemeinen nach den Vermögensverhältnissen des Miethers oder Pächters erkundigen; schwerlich aber bekümmert derselbe sich speciell um die einzelnen Effecten, welche der Miether in das Haus bei dem Einzuge einbringt, und noch weniger um solche, welche im Verlaufe der Zeit einzeln in das Haus gebracht werden. In Ansehung dieser hat der Vermiether in der Regel weder guten, noch bösen Glauben; er weiß gar nichts von ihnen; erst bei dem Abzuge kommt das Anrecht zur Sprache, und der Umstand, ob alsdann der Vermiether diese oder jene Sache für das Eigenthum seines Miethers hält, kann unmöglich über sein Recht entscheiden.

Schließlich führt die Ansicht, daß auch fremde Sachen dem Pfandrechte des Verpächters oder Vermiethers unterworfen sind, zu erheblichen Schwierigkeiten in der praktischen Anwendung. Wenn Jemand im Falle des §. 25. Tit. 15. Th. I. A. L. R. von einer unverdächtigen Person eine Uhr kauft, oder im Fall des §. 80. Tit. 20.

ebend. einer solchen Person gegen Verpfändung einer Uhr ein Darlehn giebt, so steht in beiden Fällen das Gegebene fest, und die Auseinandersetzung zwischen dem Käufer oder Pfandgläubiger und demjenigen, der sich hienächst als Eigenthümer der Uhr ausweist, hat keine Schwierigkeit. Wird dagegen die Bestimmung des §. 80. a. a. O. auf das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers oder Verpächters angewendet, so ist auch die dem Miether geliehene Uhr dem Vermiether als Pfand verhaftet; darf der Gläubiger (Vermiether) sich nun wegen seiner Forderung an jedes einzelne Stück des ihm stillschweigend verpfändeten Inbegriffs von Sachen halten, so wird auch der Dritte, der Eigenthümer der Uhr, sie nicht anders zurückbekommen, als wenn er den Hauswirth wegen seiner ganzen Forderung, wenn sie auch den Werth der Uhr noch so sehr übersteigt, vollständig befriedigt. Ein gesetzlicher Maaßstab der Auseinandersetzung ist wenigstens für diesen Fall nicht vorhanden.

№ 2.

Pupillar-Substitution. Eltern. Großeltern. Ascendenten.

Die Befugniß zur Anordnung einer Pupillar-Substitution steht nur den Eltern, nicht den Großeltern und den entfernteren Verwandten in der aufsteigenden geraden Linie, zu [1]).

1) I. Die handschriftlichen Materialien zum A. L. R. geben über die Rechtsfrage: ob auch den Großeltern die Befugniß zur Pupillar-Substitution zusteht, folgende Auskunft:

A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 521—523. 544. Vgl. ebend. Th. I. Tit. 1. §. 40.

Die verwittwete Milisch, geborne Baatz, zu Breslau streckte ihrem Sohne, dem Kretschmer Milisch da-

Statt der §§. 521—523. Tit. 2. Th. II. des A. L. R. enthielt der gedruckte Entwurf im Th. I. Abth. 1. Tit. 2. S. 223. folgende Bestimmungen:

§. 388. „Eltern sind berechtigt, über das Vermögen, welches die Kinder von ihnen erben, auf den Fall, wenn letztere die Jahre der Mündigkeit nicht erreichen sollten, letztwillig zu verordnen."

§. 389. „Nur der Vater kann dergleichen Verordnungen auch über das eigenthümliche Vermögen des in der Unmündigkeit sterbenden Kindes treffen."

Eine, dem §. 544. des A. L. R. a. a. O. entsprechende Bestimmung fehlte gänzlich. Zu §. 389. ward monirt (Materialien Bd. 73. Bl. 539. 539v. und Bd. 74. Bl. 212v.): daß die Befugniß zur Pupillar-Substitution

1. der Mutter und
2. auch dem Großvater

beizulegen sei.

Von Grolmann bemerkte (a. a. O.):

zu 1. „Da es ungerecht ist, über ein Vermögen, was mir nicht gehöret, zu disponiren, so läßt sich die Extension des, in den Römischen Gesetzen dem Vater gegebenen Rechts auf die Mutter und andere Verwandte noch weniger rechtfertigen."

Zu 2. wird auf das zu 1. Gesagte Beziehung genommen, mit dem Beifügen:

„Der Großvater kann nach Römischen Rechten nur substituiren, wenn die Kinder in seine Gewalt zurückfallen. Der Großvater mütterlicher Seite konnte nie substituiren."

Über diese Monita äußerte sich Suarez folgendergestalt (Bd. 80. Abschrift Th. II. Bl. 575. flg.):

„Zu §. 389.

1. Ungemein viele Monenten, auch ständische, sind der Meinung, daß die Befugniß auch der Mutter einzuräumen sei; ich kann aber denselben nicht beitreten. Denn

selbst, die Summe von 1150 Thlr. als Darlehn vor. Der Schuldner starb; Erbe desselben unter der Rechtswohlthat des Inventars ward sein unmündiger Sohn, Vornamens Johann Julius Robert. Über den Nachlaß des Vaters wurde der erbschaftliche Liquidations-Proceß eröffnet; die Verlassenschaft reichte zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger nicht hin, und die Mutter des Gemeinschuldners, Wittwe Milisch, fiel bei der Vertheilung der Creditmasse mit ihrer Forderung von 1150 Thlr. aus. Später ging die verwittwete Milisch ebenfalls mit Tode ab. Sie hinterließ acht Kinder und einen Enkel, den vorgedachten Johann Julius Robert Milisch. In dem von ihr errichteten Testamente hatte sie ihre acht Kinder und

---

a) ist die Pupillar-Substitution in das eigne Vermögen des Kindes ein praeter naturale, und verdient also nicht extendirt zu werden;

b) Wenn die Mutter zuerst stirbt, so kann sie doch dem Vater in seinem Rechte, dem Kinde pupillariter zu substituiren, nicht vorgreifen. Ist aber der Vater zuerst verstorben, und hat nicht substituirt, so ist zu vermuthen, daß er seinen Nachlaß, woraus doch in der Regel immer der größte Theil des eignen Vermögens des Kindes bestehen wird, eventualiter den Intestat-Erben des Kindes habe gönnen wollen. Da nun übrigens die Mutter das Recht hat, in das, was sie dem Kinde verläßt, gleich jedem andern, auch pupillariter zu substituiren, so sehe ich nicht, warum man ihr mehr Recht, als sie bisher schon gehabt hat, einräumen soll.

2. Die *facultatem substituendi* auch auf weitere Ascendenten zu extendiren, dazu ist vollends kein Grund."

II. Vgl. auch Suarez, amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des A. L. R. (Jahrbücher Bd. 41. S. 142. 143.).

III. Crelinger bemerkt in seinem System des Preuß. Erbrechts, S. 173: „Auch steht dasselbe (das Recht zur Pupillar-Substitution) den Großeltern nicht zu, selbst wenn der Vater der Enkel, was indeß nicht leicht vorkommen kann, sich noch in der väterlichen Gewalt befinden oder bereits verstorben sein sollte."

D. H.

und den genannten Enkel zu Erben eingesetzt, dem Enkel — außer den, von ihr seinem Vater darlehnsweise gezahlten, nach dem Willen der Erblasserin der Anrechnung unterworfenen oben erwähnten 1150 Thlrn. — die Summe von 600 Thlrn. als großmütterliches Erbe bestimmt, dabei bemerkt, daß der Enkel mehr, als den Pflichttheil, erhalte, und ihm für den Fall, wenn er während der Minderjährigkeit versterben sollte, ihre Kinder oder deren Nachkommen substituirt. Die Vormundschaftsbehörde nahm die 600 Thlr. für den Enkel mit Vorbehalt an, und leitete eine Ermittelung darüber ein: ob jener Betrag den Pflichttheil erreiche, oder nicht. Bevor jedoch eine Beschlußnahme über die unbedingte Erbesantretung oder die Wahl des Pflichttheils statt gefunden, starb auch der Johann Julius Robert Milisch in der Unmündigkeit, und hinterließ als Erbin seine Mutter, die verwittwete Kretschmer Milisch, später verehelichte Grimm. Die Kinder und Erben der Großmutter des verstorbenen Pflegebefohlenen verlangten, auf Grund der vorgedachten Bestimmung ihrer Erblasserin, die Erstattung der, an die Vormundschaftsbehörde gezahlten 600 Thlr., welche auch erfolgte. Die Mutter des Johann Julius Robert Milisch war hiermit unzufrieden. Sie behauptete, daß ihrem Sohne von dessen Großmutter der gesetzliche Pflichttheil unbeschränkt, ohne Anrechnung der dem Vater vorgeliehenen 1150 Thlr. und ohne Anordnung einer Substitution, habe hinterlassen werden müssen, und daß die ihrem Sohne ausgesetzte Summe von 600 Thlrn. den Pflichttheil nicht erreiche. Demgemäß richtete sie in ihrer, gegen die Kinder und Erben der Wittwe Milisch, gebornen Baatz, angestellten Klage den Antrag auf

Aufhebung der Substitution, Verurtheilung der Verklag-

ten zur Rückzahlung der 600 Thlr. mit Zinsen, und Ergänzung des Pflichttheils ihres Sohns.

Die Verklagten verlangten die Abweisung der Klägerin. Sie erklärten die angeordnete Substitution für eine Pupillar-Substitution, wozu der Erblasserin auch in Beziehung auf den, von ihr dem Enkel ausgesetzten Pflichttheil die Befugniß gesetzlich zugestanden habe, und erachteten deshalb die Frage: „ob eine Verletzung im Pflichttheil stattgefunden oder nicht," bei dem erfolgten Eintritt der Substitution für unerheblich. Eventuell bestritten Verklagte die behauptete Verletzung im Pflichttheil, und die Unzulässigkeit der, von der Erblasserin vorgeschriebenen Anrechnung des dem Kretschmer Milisch dargeliehenen Capitales von 1150 Thlrn.

Das Stadtgericht zu Breslau wies unterm 26. Juni 1837 die Klägerin mit ihrem Klageantrage angebrachtermaaßen ab.

Das Gericht nahm den Fall einer Pupillar-Substitution als vorhanden an, hielt dafür, daß durch eine solche denjenigen, denen ein Pflichttheil aus dem Nachlasse des Kindes gebühre, hier also der Klägerin in Beziehung auf ihren Sohn, dieser Pflichttheil nach Vorschrift des A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 530 nicht entzogen werden könne, und erachtete deshalb die Klägerin zu dem Anspruche auf Gewährung desselben für berechtigt. Sie wurde aber angebrachtermaaßen abgewiesen, weil sie, nach der Meinung des Gerichts, nur aus eigenem Rechte klagen könne, und im gegenwärtigen Processe ihre Ansprüche als Erbin des Sohnes verfolgt habe.

Die Klägerin appellirte; eine neue Instruction fand nicht statt. Der zweite Senat des Oberlandesge-

richts zu Breslau entschied am 4. November 1837 abändernd dahin:

daß die Klägerin zwar mit dem Antrage auf Aufhebung der Substitution und Rückzahlung der 600 Thlr. angebrachtermaaßen abzuweisen; dagegen die Verklagten schuldig, den dem Johann Julius Robert Milisch aus dem Nachlasse seiner Großmutter, der Wittwe Milisch, gebornen Baatz, gebührenden Pflichttheil der Klägerin, als der Erbin ihres Sohnes, zu gewähren, die Ausmittelung des Betrages dieses Pflichttheils jedoch einem besondern Verfahren vorzubehalten.

Das Gericht zweiter Instanz erklärte die, von der Wittwe Milisch angeordnete Substitution für keine Pupillar-, sondern für eine fideicommissarische Substitution, und als solche, soweit sie eine Beschränkung des dem Enkel der Erblasserin gebührenden Pflichttheils in sich schließe, für unwirksam. Die Klägerin wurde, als Erbin des Enkels, deshalb zwar nicht zu dem Antrage auf Aufhebung der Substitution, wohl aber zu dem Anspruche auf Gewährung des Pflichttheils des Enkels für berechtigt angesehen. Ferner ward die, von der Erblasserin vorgeschriebene Anrechnung der, von ihr dem Vater des Enkels dargeliehenen 1150 Thlr. auf den Pflichttheil für ungültig erklärt; eine Verletzung des Enkels im Pflichttheil auch für bescheinigt angenommen, der Nachweis dagegen, daß der Pflichttheil gerade die, von der Wittwe Milisch dem Enkel ausgesetzten 600 Thlr. erreiche, als nicht geführt erachtet.

Die Verklagten legten gegen diese Entscheidung die Revision ein. Das Geheime Ober-Tribunal bestätigte indeß am 25. Juni 1838. das Urtheil zweiter Instanz.

Gründe.

Die, von der Wittwe Milisch, gebornen Baatz, in ihrem Testamente angeordnete Substitution enthält keine Pupillar-, sondern eine fideicommissarische Substitution.

Es kommen die Grundsätze des A. L. R. Th. I. Tit. 12. §§. 50—60. von Substitutionen überhaupt und Th. II. Tit. 2. §§. 521. u. flgd. über die Pupillar-Substitution zur Anwendung.

Die Befugniß zur Errichtung einer Pupillar-Substitution erstreckt sich nur auf die Eltern eines Kindes, nicht auf die Großeltern und entfernteren Verwandten in der aufsteigenden geraden Linie. Hier hat die Großmutter die Substitution angeordnet.

Die Pupillar-Substitution ist ferner in der Regel — mit Ausnahme der a. a. O. Th. II. Tit. 2. §§. 545. u. flgd. bestimmten Fälle bei Wahn- und Blödsinnigen — auf die Jahre der Unmündigkeit beschränkt. Die hier errichtete Substitution soll erst mit Eintritt der Großjährigkeit des Enkels erlöschen.

Die Vorschrift des A. L. R. Th. I. Tit. 1. §. 40.:

> „Wenn von Familienverhältnissen die Rede ist, so werden unter Eltern und Kindern die Verwandten in auf- oder absteigender Linie, ohne Unterschied des Grades, verstanden;"

kann hier nicht zur Richtschnur dienen. Die Pupillar-Substitution ist ein Rechts-Institut ganz eigenthümlicher Art. Sie hat ihre Quelle im Römischen Recht und zwar in dem Verhältnisse der väterlichen Gewalt, als ein, durch den früheren Zustand der Sitte und des Rechts hervorgerufenes Mittel zur Fürsorge des Vaters für seine Kinder. Zwar ist diese Grundlage der Pupillar-Substitution im heutigen Rechte, der Strenge nach, für weggefallen zu ach-

ten, und auch im A. L. R. tritt diese, nicht mehr auf den Vater beschränkte, sondern zugleich der Mutter eingeräumte Befugniß zur Anordnung einer solchen Substitution im erweiterten Umfange hervor. Allein die Gesetze enthalten keine Andeutung darüber, daß nicht blos den Eltern, sondern auch den entfernteren Verwandten in der aufsteigenden geraden Linie eine Befugniß der Art zustehen soll. Der Richter darf daher, wenn er nicht von dem rechtlichen Wesen der Pupillar-Substitution sich ganz entfernen will, deren gesetzlich bestimmte Grenzen durch Hülfe der Auslegung und der Analogie nicht erweitern.

Die Substitution im vorliegenden Falle ist demgemäß nach Vorschrift des A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 53. für eine fideicommissarische zu erklären. Die Erblasserin war befugt, eine solche anzuordnen; sie konnte aber durch dieselbe ihrem Enkel den Pflichttheil, der Regel nach, weder ganz entziehen, noch beschränken, und ein Fall der Ausnahme ist hier nicht vorhanden; a. a. O. Th. II. Tit. 2. §§. 391. u flgd. Dem Enkel stand das Recht zu, das ihm von der Erblasserin bestimmte Vermächtniß mit der, von der Letztern angeordneten Beschränkung, der Substitution, anzunehmen, oder den Pflichtheil zu fordern. Dieses Recht hat der Vormund unter Leitung des vormundschaftlichen Gerichts geltend gemacht. Die Wahl hat jedoch noch nicht unabänderlich stattgefunden, vielmehr ist nur die vorläufige Prüfung, ob eine Verletzung im Pflichttheile anzunehmen sei, angestellt worden. Das Recht, den Pflichttheil zu verlangen, ist auf die Mutter des Enkels, als dessen Erbin, übergegangen. Der Klageantrag schließt nun auch den Antrag auf Gewährung dieses Pflichttheils in sich. Insoweit ist daher der Anspruch begründet. Darauf, daß die Klage ohne Grund zugleich auf die Aufhe-

bung der Substitution und auf Erstattung der, von der vormundschaftlichen Behörde den Verklagten zurückgezahlten 600 Thlr. gerichtet worden ist, kommt es nicht an. Die Entscheidung zweiter Instanz erstreckt sich hiernach auf den rechten Punkt, nämlich auf die Verbindlichkeit der Verklagten zur Gewährung des Pflichttheils.

Auch der Antrag der Klägerin, ihr diesen Pflichttheil unverkürzt und ohne Abzug der, von der Erblasserin auf denselben angerechneten 1150 Thlr., zuzusprechen, erscheint begründet. Der Pflichttheil muß, der Regel nach, unverkürzt und unbelastet gewährt werden. Nur der Betrag der erhaltenen Ausstattung, der Geschenke gewisser Art und der Schulden, die ein Erblasser für den Erben bezahlt hat, ohne daß er zu deren Anerkennung gesetzlich verpflichtet war, kommen in Anrechnung; §§. 393 — 398. a. a. O. Von solcher Beschaffenheit sind die erwähnten 1150 Thlr. nicht; die Erblasserin hat diese ihrem Sohne als Darlehn gegeben; der Enkel aber hat seinen Vater nur unter der Rechtswohlthat des Inventars beerbt, und aus der Verlassenschaft des Vaters nichts erhalten; er ist mithin nicht verpflichtet, dessen Schulden zu bezahlen. Der Fall einer Ausgleichung unter den Erben wegen gewisser Zuwendungen nach Vorschrift der §§. 303. u. flgd. und 359. a. a. O., der auch in Beziehung auf den Pflichttheil sonst eintreten würde, liegt daher hier nicht vor.

Die Behauptung der Klägerin endlich, daß die, von der Wittwe Milisch dem Enkel bestimmten 600 Thlr. den Pflichttheil nicht erreichen, ist — abgesehen davon, daß die Erblasserin auch dieses Vermächtniß durch Anordnung der Substitution mit einer Beschränkung belastet hat — mit Rücksicht auf das, von den Verklagten selbst angefertigte und eingereichte Inventarium über die Verlassenschaft der

Wittwe Milisch wenigstens für so weit bescheinigt zu achten, daß die Klägerin mit ihrer Forderung jetzt noch nicht auf die Summe von 600 Thlrn. beschränkt werden kann. Auf die Höhe des Pflichttheils ist die Ermittelung erst künftig in einem besondern Verfahren zu richten.

Hiernach war das Erkenntniß zweiter Instanz zu bestätigen.

№ 3.

Altentheil. Leibzucht. Heirath. Ehefrau. Kind. Persönliches Gebrauchsrecht.

Ein Altsitzer, welcher eine anderweitige Ehe eingeht, ist berechtigt, seine Ehefrau und demnächst die, mit ihr erzeugten Kinder in den Altensitz aufzunehmen, sofern ihm eine abgesonderte Wohnung eingeräumt und zu seinem Unterhalt besondere Prästationen oder Ländereien überwiesen worden [1]).

---

1) Vgl. I. Stengel, Beiträge, Bd. IV. S. 121:
„Das Altentheil der Bauerwittwen geht durch deren anderweitige Heirath nicht verloren; *Krause*, de jurib. rustic. Cap. ult. §. 5. Es sei denn, daß an einzelnen Orten besondere Observanzen vorhanden wären; *Krause*, cit. loc. — Erkannt vom Kammergerichte in S. Wienstrakin wider Gerike, im J. 1784."

II. Merckel, Kommentar zum A. L. R., Bd. I. S. 879. zu §. 602. Tit. 11. Th. I.:
„Freie Herberge involvirt weniger, als freie Wohnung oder eine Auszüglerwohnung, und wenn der Übernehmer einer Bauernahrung seinem Bruder, der lahm, oder sonst kränklich ist, lebenslang freie Herberge versprochen hat: so hört solche, wenn jener sich verheirathet, in Gemäßheit des §. 25. Tit. 19. Th. I. A. L. R.

A. L. R. Th. I. Tit. 11. §§. 602. 605. Tit. 19. §. 22.

Mittelst des, am 21. September 1827 zwischen dem Altsitzer Teßmer und seiner Ehefrau Sophie, gebornen

---

wohl auf, und kommt seiner Frau und Kindern nicht zu statten, besonders wenn es an Platz fehlt."

III. Bielitz, Commentar zum A. L. R., Bd. II. S. 602.:

„Die mit dem Auszuge verbundene Wohnung kann der Auszügler ohne Zustimmung des Wirths an einen Andern nicht abtreten; bei den übrigen Auszugsleistungen steht ihm aber die Abtretung derselben allerdings frei, nur darf dadurch die Verpflichtung des Wirths nicht erschwert werden."

„In die zum Auszuge bestimmte Wohnung kann dem Auszügler nicht verwehrt werden seinen Ehegatten, seine Kinder und andere Anverwandte, deren Unterhalt ihm obliegt, aufzunehmen; jedoch müssen die Familienglieder des Auszüglers mit dem ihm bestimmten Wohnungsraume sich begnügen."

Derselbe bemerkt in der neuerlich erschienenen Schrift: Darstellung der Rechtsverhältnisse beim Auszuge oder Altentheile, besonders nach Preußischen Rechten, Leipzig 1838. §. 18. S. 35.:

„Daß der Auszügler die ihm von dem Wirthe zu liefernden Naturalien und zu zahlenden Gelder an einen Andern, der sie an seiner Statt in Empfang nimmt, abtreten kann, leidet keinen Zweifel, da dieser Empfang nicht an die Person des Auszüglers gebunden ist (A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 382.), und die Verpflichtung des Wirths durch eine solche Abtretung nicht erschwert wird (ebend. Tit. 19. §. 23.). Aber auch die Benutzung ausgezogener Grundstücke und die Wohnung in dem Auszugshause oder der besondern Auszugsstube, ist der Auszügler einem Andern zu überlassen berechtigt (ebend. Tit. 21. §. 110.). Hingegen steht dem Auszügler, welcher sein Wohnungsrecht in der Wohnstube des Wirths hat, nicht frei, einen Andern an seine Stelle zu setzen oder auch Jemanden, selbst seine nächsten Anverwandten (ebend. Tit. 19. §. 26.), dahin zu sich zu nehmen; weil die Verhältnisse zweier in Einer Stube zusammenwohnenden Personen so individuell sind, daß eine Veränderung hierbei dem andern Theile nicht gleichgültig sein kann,

Treptow, auf der einen und ihren Kindern auf der andern Seite geschlossenen Erbvergleiches erhielt der Christian Gottlieb Bonneß den, im Hypothekenbuche unter № VI. verzeichneten Bauerhof zu Jasde im Colbergschen Amte, mit der, unter andern Gegenleistung übernommenen Verbindlichkeit, aus demselben den Teßmer'schen Eheleuten lebenslänglich den, im Orte üblichen Altentheil zu verabreichen. In der Verhandlung vom 25. Januar 1828 wurde der Altentheil näher bestimmt, und insbesondere festgesetzt, daß den Teßmer'schen Eheleuten eine freie Wohnung im Thorspeicher und die Benutzung der dazu gehörigen Ställe überlassen werde; auch, nach dem Tode des einen der Altsitzer, dem Letztlebenden die Wohnung und Feuerung ganz, von den übrigen Altentheils-Prästationen aber die Hälfte verbleiben solle.

Die, zwischen dem Teßmer und seiner genannten Ehefrau zur Zeit des Abschlusses der gedachten Verträge bestandene Ehe ward durch Scheidung aufgehoben. Teßmer heirathete wieder, und ein Gleiches geschah von seiner geschiedenen Ehefrau. Über die Verbindlichkeit des Hofwirths Bonneß zur Aufnahme der zweiten Ehefrau des Teßmer und der mit dieser erzeugten Kinder in die Leibzuchtswohnung entstanden Streitigkeiten, die zu einer Klage des Teßmer gegen den Bonneß Veranlassung gaben.

Das Land- und Stadtgericht zu Colberg wies

---

und mithin der Wirth dadurch beschwert werden würde (ebend. §. 23. u. a. a. O. Tit. 11. §. 408.). Außerdem scheint auch der Auszügler, wenn er sich das Holzungsrecht in der zum Gute gehörigen Waldung vorbehalten hat, nicht befugt zu sein, dessen Ausübung auf einen Andern zu übertragen (ebend. Tit. 22. §. 205.)."

D. H.

den Kläger mit dem Antrage, seine jetzige Ehefrau und die, mit derselben erzeugten Kinder in die Altentheilswohnung bringen zu dürfen, durch das Erkenntniß vom 1. Mai 1837 gänzlich ab.

Kläger appellirte; die Deputation für Appellationssachen des Oberlandesgerichts zu Cöslin bestätigte indeß in der Sitzung vom 19. September 1837. das erste Urtel.

Der Appellationsrichter nahm an: nach den Verträgen vom 21. September 1827 und 25. Januar 1828 sei das streitige Wohnungsrecht nur dem Kläger und seiner ersten, jetzt von ihm geschiedenen Ehefrau, und zwar nur für ihre Person und zu ihrer Nothdurft eingeräumt; dasselbe könne nach §. 22. Tit. 19. Th. I. des A. L. R. ohne Einwilligung des Verpflichteten auf andere Personen nicht ausgedehnt werden; die jetzige Ehefrau des Klägers so wie die, mit ihr erzeugten Kinder seien daher von der Mitbenutzung der Altentheilswohnung ausgeschlossen.

Kläger erhob die Nichtigkeitsbeschwerde. Er griff das Appellations-Urtel wegen unrichtiger Anwendung des §. 22. a. a. O. an. Diese Vorschrift verordne:

> „Rechte, welche nur zur Nothdurft einer bestimmten Person oder Sache bewilligt worden, können auf andere Personen oder Sachen einseitig nicht übertragen werden."

Im vorliegenden Falle solle seine jetzige Ehefrau die Wohnung nicht statt seiner nutzen, sondern nur an seinem Nutzungsrechte Theil nehmen; dies aber sei vom Gesetze nicht untersagt; auch dürfe der §. 22. a. a. O. nur von dem Falle einer Abtretung des Rechts selbst an einen andern dergestalt, daß der ursprünglich Berech-

tigte sein Recht aufgebe, und einem Andern übertrage, verstanden werden.

Das Geheime Ober-Tribunal änderte am 25. Mai 1838, unter Vernichtung des Appellations-Erkenntnisses, das erste Urtel dahin: daß Kläger nicht, wie geschehen, abzuweisen, vielmehr der Verklagte für verbunden zu achten, den Kläger mit seiner jetzigen Ehefrau und den, mit dieser erzeugten Kindern in die ihm vertragsmäßig zustehende Altentheilswohnung aufzunehmen und ihm freie Feuerung, letztere jedoch nur in so weit zu gewähren, als Kläger dieselbe, nach den zur Zeit des Contracts bestandenen Verhältnissen, für sich und seine Frau würde haben fordern können.

Gründe.

Um die Nichtigkeit des zweiten Urtels darzuthun, führt Kläger an, daß es einem Altsitzer nicht untersagt sei, im Fall der Verheirathung seine Ehefrau in die Leibzuchtswohnung zu bringen. Diese Behauptung berührt nicht die eigentliche Beschwerde, daß der §. 22. Tit. 19. Th. I. des A. L. R. unrichtig angewendet worden. Sie hat vielmehr nur die Rechtsfrage zum Gegenstande:

> ob der Altsitzer auf die Leibzucht heirathen, und den neuen Ehegatten so wie die, mit demselben erzeugten Kinder an dem Wohnungsrecht Theil nehmen lassen dürfe.

Die Beurtheilung dieser Rechtsfrage nach den, von dem Institute der Leibzucht im Allgemeinen geltenden rechtlichen Grundsätzen lag allerdings dem Richter ob. Sie ist aber von ihm umgangen, und statt dessen die blos thatsächliche Frage erörtert: wem, nach den, unter den Parteien geschlossenen Verträgen, im vorliegenden besondern Falle ein Recht auf die Leibzucht eingeräumt worden?

Diese Frage ist dahin entschieden, daß das Altentheilsrecht nur dem Kläger und seiner separirten Frau bestellt sei; es kann daher eine Prüfung der, vom Kläger behaupteten Befugniß, seine zweite Frau und die, mit derselben erzeugten Kinder an dem Wohnungsrechte Theil nehmen zu lassen, welches nach dem, vom vorigen Richter angenommenen und nicht angefochtenen Sachverhältniß ihm nur für seine Person zusteht, nicht mehr zu dem Zweck erfolgen, um dadurch eine Nichtigkeit des zweiten Urtels darzuthun. Die Beurtheilung muß sich vielmehr darauf beschränken, ob bei dem festgestellten, so eben angegebenen Sachverhältniß, nach der ferneren Behauptung des Klägers, eine unrichtige Anwendung des §. 22. a. a. O. anzunehmen sei?

Dies ist zu bejahen.

Die §§. 22—26. a. a. O. beziehen sich auf eine Klasse von Rechtsverhältnissen, die nach dem Römischen Rechte mehr dem usus, d. h. dem dinglichen Rechte eines, auf die nothwendigen Bedürfnisse des Berechtigten eingeschränkten, ohne Fruchtnutzung möglichen Gebrauchs einer fremden Sache, angehören, als dem usus fructus, d. i. der Befugniß zur vollen Benutzung einer fremden Sache [2]). Auch kamen gerade in der Lehre vom usus und der damit verwandten Lehre von der habitatio diejenigen

---

2) Es ist hier absichtlich die ältere gewöhnliche Theorie vom usus zum Grunde gelegt, weil die Redactoren des A. L. R. derselben gefolgt sind. Über den Begriff des usus nach den übereinstimmenden Meinungen der neueren Rechtslehrer vgl. man: Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Bd. I. № 3.; Glück, Erläuterung der Pandekten. Bd. IX. S. 431 ff.; Thibaut, System des Pandektenrechts (8. Ausg.). §. 761.; Mackeldey, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts (7. Ausg.). §. 283.; Weber zu Höpfner's Commentar über die Institutionen. §. 380.

D. H.

Fragen vor, welche durch die gedachten Bestimmungen des A. L. R. entschieden sind. Insbesondere wird es dem Usuar untersagt, die Ausübung seines Rechtes einem Andern käuflich zu überlassen oder zu vermiethen, ohne selbst einen Theil zu behalten. So heißt es l. 4. pr. D. de usu et habitatione (VII. 8.):

„Caeterum *sine eo* ne hos (sc. hospites, libertos et clientes; l. 2. §. 1. l. 3. ibid.) quidem habitare posse,"

und l. 8. ibid.:

„Sed neque locabunt seorsum, neque concedent habitationem sine se, nec vendent usum."

Es konnte mithin weder das Recht des usus selbst, noch dessen Ausübung einem Andern dergestalt übertragen werden, daß dieser ganz an die Stelle des ursprünglich Berechtigten trat. Wenn nun der §. 22. a. a. O. verordnet: daß Rechte, welche nur zur Nothdurft einer bestimmten Person oder Sache bewilligt worden, auf andere Personen oder Sachen einseitig nicht übertragen werden sollen: so ist dies in der That nur die Anerkenuung und Wiederholung jenes, aus dem Römischen Rechte sich ergebenden und vor dem Erscheinen des A. L. R. durch die Praxis anerkannten Princips. Unter dem einseitigen Übertragen, welches der §. 22. untersagt, kann daher nur der Fall verstanden werden, wenn der Berechtigte das, ihm zu seiner Nothdurft eingeräumte Recht oder dessen Ausübung ohne Zustimmung des Verpflichteten einem Andern dergestalt überläßt, daß er selbst ganz ausscheidet und der Andere an seiner Stelle Inhaber des Rechtes wird.

Von einer solchen Aufgebung des streitigen Rechts Seitens des Klägers und einer Übertragung desselben auf seine Ehefrau und Kinder ist nach dem festgestellten Sach-

verhältniß gar nicht die Rede. Der Kläger will das ihm zustehende Wohnungsrecht selbst ausüben, und seine Frau und Kinder daran nur Theil nehmen lassen. Wenn der Appellationsrichter gleichwohl entschied, daß solches nach §. 22. a. a. O. nicht zulässig sei: so wandte er diese Vorschrift auf einen Fall an, wofür dieselbe nicht bestimmt ist. Seine Entscheidung muß daher vernichtet werden.

In der Sache selbst ist auf die Appellation des Klägers das erste Urtel abzuändern.

Weder der Erbvergleich vom 21. September 1827, noch der Vertrag vom 25. Januar 1828 bestimmt, daß die Altentheilswohnung im Thorspeicher des Bauerhofes des Verklagten dem Kläger und seiner damaligen, jetzt separirten, Ehefrau nur für ihre Person, wie der erste Richter annimmt, zugesichert werde. Jene Verträge übergehen vielmehr diesen Punkt ganz mit Stillschweigen, und die Entscheidung der Sache ist daher von der Frage abhängig:

ob nach den gesetzlichen Vorschriften ein Altsitzer auf die Leibzucht heirathen, und den neuen Ehegatten so wie die, mit demselben erzeugten Kinder an dem Wohnungsrechte Theil nehmen lassen darf?

Das A. L. R. enthält für diese Frage keine Entscheidungsquelle, da es die näheren Bestimmungen wegen des Altentheiles den Provincialgesetzen vorbehalten hat; §. 605. Tit. 11. Th. I. Für den vorliegenden Fall sind indeß auch keine provincialrechtlichen Vorschriften vorhanden, und die Entscheidungsnormen müssen daher aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Natur der Leibzucht entnommen werden.

Nach gemeinem Rechte ist die aufgeworfene Frage streitig. Mehrere Rechtslehrer beantworten sie, zum Theil schon wegen der Parömie: „ein Leibzüchter darf nicht züch-

ten;" d. i. nicht zeugen, hauptsächlich aber deshalb verneinend, weil durch eine anderweite Verheirathung des Altsitzers das, zur Zeit der Bestellung der Leibzucht bestandene Verhältniß sich ändere, und darauf, daß an die Stelle desselben nur ein ähnliches trete, um so weniger Rücksicht genommen werden dürfe, als sich keinesweges annehmen lasse, daß das eingegangene Verhältniß in jeder Beziehung dem frühern gleich sei, und den Verpflichteten nicht mehr belästige als dieses;

Mirus, de reservato rustico. VI.

Andere bejahen die Frage schlechtweg;

Biener, Opusc. Vol. II. Cap. 24.

Zachariae, Libr. quaest. Qu. 21. §. 1.

Hommel, Rhaps. quaest. Vol. II. Obs. CCLIII.;

und zwar mit auf den Grund der l. 4. §. 1. D. de usu et habitatione (VII. 8.), in so fern bei Eingehung der Leibzucht nur nicht die Persönlichkeit des verstorbenen Ehegatten in Anschlag gekommen ist, was dann angenommen werden soll, wenn Eltern ihr Grundstück an ihre Kinder abgetreten haben;

Hänsel, von dem Auszuge. §. 16. № 9. S. 150. 151.

Noch andere unterscheiden: ob dem Leibzüchter nur der freie Insitz im Gute zustehe, und er im übrigen Beköstigung und Pflege von dem Gutsannehmer erhalte, oder ob ihm eine abgesonderte Wohnung eingeräumt und zu seiner Unterhaltung besondere Prästationen oder Ländereien ausgesetzt seien. Im ersten Falle soll der neue Ehegatte zur Theilnahme an dem Wohnungsrecht nicht befugt sein, wohl aber im letzten.

Dieser Unterschied ist richtig. Nahm der Leibzüchter nur Theil an der gemeinschaftlichen Wohnung, und erhielt

er nur die nöthige Pflege von dem Gutsannehmer, so verändert sich durch den Tod eines der Berechtigten die Verbindlichkeit des Verpflichteten wesentlich. Der Anspruch des einen Theilnehmers ist erloschen, und das, nur noch auf das individuelle Bedürfniß des Überlebenden beschränkte Verhältniß gestattet durchaus keine Theilnahme eines Dritten, die in der That eine vertragswidrige Ausdehnung der bewilligten Rechte sein würde. Kann man gleich dem Leibzüchter nicht wehren, zu heirathen, so folgt doch nicht, daß er Rechte, die ihm für seine Person allein zustehen, auch für den neuen Ehegatten und die, mit demselben erzeugten Kinder verlangen dürfe, wie dies auch in den Gesetzen verschiedener Landestheile verordnet ist;

Münstersche Eigenthumsordnung vom 10. Mai 1770. Th. 2. Tit. 10. §. 13. [3]).

Münstersche Erbpachtsordnung vom 21. September 1783. §. 160. [4]).

Thomas, System aller Fuldischen Privat-Rechte. §. 526.

An-

---

3) Abgedruckt in Schlüter, Provincialrecht der Provinz Westphalen. Bd. I. S. 288. Der §. 13. verordnet:

„Wann ein Erbe oder Kotte so gering und schlecht wäre, daß davon keine ordentliche Leib-Zucht bestimmet, und mitgetheilet werden könte, so müssen die Alte bey denen jungen Leuten die Kost und Wohnung verlieb nehmen, und denenselben, so weit und so lang Alter und Kräften es gestatten, Hülf und Beystand leisten, jedoch ist auf diesem Falle dem einen Ehegatten auf Absterben des andern sich wieder zu verheyrathen und die geheyrathete Person aufm Erbe oder Kotten zu bringen, nicht erlaubt, wann schon dieselbe sich eigen geben wolte." D. H.

4) A. a. O. S. 378. Der §. 160. stimmt mit dem §. 13. der Eigenthumsordnung bis auf die im §. 160. fehlenden Worte: „wann schon dieselbe sich zu eigen geben wolte" überein. D. H.

Anders verhält sich die Sache im zweiten Falle, wenn dem Leibzüchter eine abgesonderte Wohnung mit bestimmten Prästationen oder Ländereien gewährt werden muß. In diesem Falle ist das Wohnungsrecht untheilbar; weder dem einen noch dem andern Ehegatten ist ein bestimmter Theil der Wohnung, ein abgemessener Raum derselben, bestimmt; es läßt sich daher auch nicht annehmen, daß durch den Tod des einen Leibzüchters ein Theil der Wohnung dem Verpflichteten zur Disposition anheim gefallen wäre. Der Überlebende ist und bleibt Inhaber des Wohnungsrechts, und die ihm noch zustehenden Altentheils-Prästationen sind seiner Verfügung unterworfen; die Last des Verpflichteten wird mithin durch die Aufnahme des neuen Ehegatten in die Leibzuchtswohnung auf keine Weise vermehrt. Es ist daher auch in dem angenommenen Falle nach Particulargesetzen dem Leibzüchter unter Modificationen verstattet, auf die Leibzucht zu heirathen;

Münstersche Eigenthumsordnung a. a. O. §. 11.[5]).
Münstersche Erbpachtsordnung §. 158. [6]).
Minden-Ravensbergsche Eigenthumsordnung vom 26. November 1741. Cap. 12. §. 12. [7]).

---

5) A. a. O. S. 287. Der §. 11. bestimmt:
„Wann aber von den abgestandenen Ehe-Leuten einer auf der Leib-Zucht verstirbet, und der andere sich darauf wieder verheyrathen will, muß solches mit Belieben des Wehrfesteren geschehen, und von dem Guts-Herrn vergenehmet werden, und hat alsdann, sonst aber nicht, der eingekommene Ehegatt, wann er der Letzt-lebende ist, die mit dem Verstorbenen vorhin gehabte halbe Leibzucht ferner zu geniessen, welche jedoch auch, sobald derselbe sich wieder verheyrathet, völlig aufhören soll.“ D. H.

6) A. a. O. S. 378. Der §. 158. ist dem §. 11. der Eigenthumsordnung wörtlich gleich. D. H.

7) Rabe, Samml. Bd. 1. Abth. 2. S. 174. Der §. 12. a. a. O. lautet:

Osnabrücksche Eigenthumsordnung von 1722. Cap. 7. §. 16.[8]).

Vgl. auch Struben, rechtliche Bedenken. Bd. II. № 145.

Runde, von der Leibzucht. §. 43. II.

Hänsel, a. a. O. S. 150.

Die Anwendbarkeit der entwickelten Grundsätze auf den vorliegenden Fall unterliegt keinem Bedenken. Nach dem Schlusse des Vertrages vom 25. Januar 1828 ist ausdrücklich verabredet, daß dem überlebenden Leibzüchter die Wohnung und Feuerung bleiben soll, und sich die Reduction des Altentheils beim Absterben eines der beiden Altsitzer nur auf bestimmt angegebene Prästationen erstreckt. Jenes hätte aber in der Allgemeinheit, wie geschehen, nicht ausgedrückt werden können, wenn nach dem Tode des einen Leibzüchters der Überlebende in seinem Wohnungsrechte und den, aus demselben fließenden Befugnissen hätte beschränkt werden sollen. Ebensowenig waltet endlich darüber ein Zweifel ob, daß die dem Leibzüchter eingeräumte Wohnung im Thorspeicher und die dazu gehörigen Ställe für sich bestehende, zum ausschließlichen Gebrauch der Leibzüchter bestimmte Räume sind.

Mit der, in Hinsicht des Feuerungsbedarfs hinzuge-

„Sollte ein Leibzüchter ad secunda vota schreiten, so muß es mit Einwilligung des Gutsherrn und gebührender Qualification geschehen; es genießet aber dennoch ein Leibzüchter nichts desto weniger nur die halbe Leibzucht, und wenn er stirbt, bleibt sie bei dem einkommenden Ehegatten, so lange dieser lebt, und sich nicht verheirathet; thut er das aber, so ist er der Leibzucht verlustig."

D. H.

8) Cod. Const. Osnabr. Th. II. Bd. 1. S. 232.

D. H.

fügten Maaßgabe war daher, nach dem begründeten Antrage des Klägers, wie geschehen, zu erkennen.

№ 4.

Posen. Erbrecht. Intestaterbfolge. Ascendenten. Altpolnisches Recht.

Nach altpolnischen Rechten haben Ascendenten keinen Erbanspruch auf den Nachlaß ihrer kinderlos und ohne Testament verstorbenen Descendenten [1]).

Declaration des Edicts vom 28. März 1794 wegen der in Südpreußen geltenden Gesetze und Rechte; vom 30. April 1797.

---

1) Die Frage, welche Bestimmungen in Betreff der Erbfolge nach altpolnischem Rechte früher in denjenigen Provinzen des Preußischen Staates gegolten haben, aus welchen jetzt das Großherzogthum Posen und die, zu Westpreußen gehörigen Districte des Kulmer und Michelauer Kreises bestehen, hat noch gegenwärtig um so größere praktische Bedeutsamkeit, als jenes altpolnische Recht in den genannten Provinzen nicht nur bis zum Jahre 1806 als Provincialrecht, sondern vom Jahre 1807 bis zum 1. Mai 1808 im damaligen Herzogthum Warschau sogar als allein recipirtes Recht gegolten hat, und aus jener Zeit noch viele Streitigkeiten, und zwar vorzugsweise in Bezug auf das Erbrecht, zur Entscheidung der Gerichte gelangen. Außerdem ist auch die Feststellung dessen, was polnischen Rechtens sei, bei dem gänzlichen Mangel eines redigirten Gesetzbuchs und den sich oft widersprechenden einzelnen Verordnungen und Reichstagsbeschlüssen, von erheblichem, rechtsgeschichtlichen und legislatorischen Interesse. Die ermittelten Rechtsnormen sind endlich oft so abweichend von andern Rechtssystemen, daß auch diese Eigenthümlichkeiten des polnischen Rechts die Bekanntschaft mit demselben für die Wissenschaft gewinnreich erscheinen lassen.

§. 1. (N. C. C. Th. X. № 36. — 1797. S. 1159) [2]).

Transitorisches Gesetz vom 10. October 1809. Art. 2. 6. und 7. (Laube, Gesetz-Sammlung des vormaligen Herzogthums Warschau. Bd. II. S. 52.).

Patent wegen Einführung der Preußischen Gesetze in das Großherzogthum Posen; vom 9. November 1816. §. 3. (Gesetz-Sammlung S. 225.).

Der nachmalige Landschaftsrath Laurenz von Starzenski zu Wierzeja bei Samter heirathete im Jahre 1805 die Scholastika von Szczaniecka, ohne bei Eingehung der Ehe durch Vertrag Bestimmungen für die dereinstige Erbfolge zu treffen. Im Jahre 1806 gebar ihm seine Ehefrau eine Tochter, Anastasia; im September 1807 ging die Frau mit Tode ab, und schon im October desselben Jahres folgte die Tochter nach. Das nicht unbedeutende väterliche Vermögen der verehlicht gewesenen von Starzenska wurde durch ihr Ableben auf ihre Tochter vererbt, und nach deren Tode blieb der Vater der Letzteren im unangefochtenen Besitze desselben. Erst im Jahre 1828 traten die Geschwister und Geschwisterkinder seiner Ehefrau, die Sylvester von Szczanieckischen Erben, mit der Behauptung auf, daß sie die gesetzlichen Intestaterben der Anastasia von Starzenska seien, und deren Vater auf ihren Nachlaß kein Erbrecht geltend machen könne. Hierdurch hinderten die von Szczanieckischen Erben die Er-

---

2) Rabe, Samml. Bd. IV. S. 106. D. H.

theilung eines, von dem Laurenz von Starzenski bei der Nachlaßbehörde, dem vormaligen Landgericht zu Posen, nachgesuchten Erbeslegitimations-Attestes in Bezug auf den Nachlaß seiner Tochter. Von Starzenski wurde daher gegen die von Szczanieckischen Erben klagbar, und trug dahin an:

die Verklagten mit ihren Erbansprüchen auf den Nachlaß seiner Tochter Anastasia abzuweisen und denselben ihm, als dem allein berechtigten Intestaterben, zuzusprechen.

Der Kläger ging hierbei von der Ansicht aus, daß der Erbfall, welcher sich im October 1807 ereignet, gemäß der Bestimmung des transitorischen Gesetzes vom 10. October 1809 nur nach altpolnischem Rechte entschieden werden könne, und daß als solches das Jus terrestre nobilitatis Prussiae correctum [3]) recipirt gewesen, nach dessen

---

3) Vgl. I. von Kamptz, die Provincial- und statutarischen Rechte der Preuß. Monarchie. Bd. I. S. 284. §. 124. und Bd. III. S. 717. §. 993.

II. Über das Jus terrestre nobilitatis Prussiae correctum, nebst einem Abdrucke desselben aus des *Anton Trembicki* Prawo Polityczne i Cywilne. T. I. W. Warszawie 1789. T. II. 1797 (soll heißen 1791) in Klein's Annalen Bd. XXII. S. 297. u. flgd.

Noch einige Bemerkungen über das Jus terrestre nobilitatis Prussiae correctum, zur Aufklärung der alten polnischen Erbfolge des Adels, von einem, in dem Kaiserlich-Königlichen Antheile des ehemaligen Polens bei einer Ober-Behörde angestellten Rechtsgelehrten; in Klein's Annalen Bd. XXIII. S. 3. u. flgd.

Das Jus terrestre enthält über die Erbfolgeordnung nach dem a. a. O. enthaltenen Abdruck S. 308. (vergl. Trembicki's angeführte Sammlung Bd. II. S. 137.) folgende Vorschriften:

„Successionum autem haec erit ratio. Primo per directam lineam descendentes succedent. — — — Si neque filios filiasve, neque ab iis descendentes quis reliquerit, fratres autem, vel fratribus non existentibus, sorores germanae defunctorumve fra-

unzweifelhaften Vorschriften die Eltern ihre, ohne Descendenz verstorbenen Kinder und Enkel beerben. Sollte indeß jenes Gesetz unzureichend oder dessen Gültigkeit zweifelhaft gefunden werden, so komme, nach der ausdrücklichen Bestimmung des transitorischen Gesetzes, das Preußische A. L. R., als subsidiäres Recht, zur Anwendung, nach welchem der Anspruch um so mehr begründet sei.

Die Verklagten widersprachen nicht blos dem, wider sie erhobenen Anspruche des Klägers, sondern verlangten auch ihrerseits:

daß ihnen das ausschließliche Erbrecht in den Nachlaß der Tochter des Klägers zugesprochen, und dieser zu dessen Herausgabe nach einem eidlich zu erhärtenden Inventarium verurtheilt werde.

Sie bestritten, daß das Jus terrestre nobilitatis Prussiae correctum in den ehemaligen Kronprovinzen Polens, wozu das jetzige Großherzogthum Posen gehörte, jemals Gesetzeskraft gehabt habe, wie dies bereits zur Zeit der Südpreußischen Regierung, durch Vernehmung Polnischer Juristen, ermittelt und bei Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten immer angenommen worden sei. Dagegen gaben sie zwar zu, daß der vorliegende Fall nur nach dem Polnischen Rechte beurtheilt werden könne, behaupteten aber, daß geschriebene Gesetze über die Erbfolge des Adels aus der Polnischen Zeit nicht vorhanden seien, vielmehr darüber

---

trum aut sororum liberi descendentesque extiterint, — — succedant. — Si neque per directam lineam, neque a fratribus et sororibus descendentes extiterint, proximi successores, ascendentes per directam lineam sint, in qua linea hi gradus sunt, Pater, Mater, Avus, Avia, Pro-Avus, Pro-Avia, Abavus, Abavia caeterique omnes qui in jure parentum nomen obtinent."

D. H.

nur ein Gewohnheitsrecht bestanden habe, welches auf dem Grundsatze beruhe:

Successio non ascendit, sed descendit,

und:

Successio refluit, unde defluit.

Auch das Bestehen dieses Gewohnheitsrechts hielten die Verklagten durch die Gutachten älterer Juristen, die sie indeß nicht näher nahmhaft machten, für so vollständig dargethan, daß die Thatsache selbst für notorisch angesehen werden könne, und es eines näheren Beweises darüber nicht bedürfe.

Der Kläger bestritt die Existenz des behaupteten Gewohnheitsrechtes, und setzte der Berufung auf dasselbe die Behauptung entgegen, daß es für die Zeit vom 24. Februar 1807 bis zum 1. Mai 1808, für welche das transitorische Gesetz vom 10. October 1809 die altpolnischen Gesetze wieder hergestellt habe, auf Gewohnheitsrechte überhaupt nicht ankommen könne, weil die transitorische Verordnung ausdrücklich nur der Polnischen Gesetze, unter namentlicher Angabe der Quellen, aus denen sie entnommen werden sollten, erwähne; hiernach also nur das Jus scriptum unter jenen Gesetzen verstanden werden könne, und in dessen Ermangelung das Preußische A. L. R. angewendet werden solle.

Das vormalige Landgericht zu Posen erkannte durch das, am 6. Juni 1831 verkündigte Urtel ganz nach dem Antrage des Klägers, unter Verwerfung der entgegengesetzten Erbansprüche der Verklagten.

Das Gericht führte aus, daß zwar der Einwand des Klägers gegen die Anwendbarkeit von Gewohnheitsrechten auf die Periode vom 24. Februar 1807 bis 1. Mai 1808 nicht begründet, dagegen aber auch von den Verklagten

die Existenz des behaupteten Gewohnheitsrechts nicht erwiesen sei, indem es an jeder Angabe specieller Thatsachen darüber mangle. Verklagte seien mithin beweisfällig geblieben und der Anspruch des Klägers um so mehr begründet, als derselbe sowohl nach dem Jus terrestre nobilitatis Prussiae correctum, dessen Gültigkeit allerdings zweifelhaft sei, als auch nach dem A. L. R., welches bei dem Mangel Polnischer Gesetze angewendet werden müsse, gerechtfertigt erscheine.

Die Verklagten appellirten. Sie wiesen die, in Bezug genommenen älteren Gutachten Polnischer Juristen im Südpreußischen, im Jahre 1797 verhandelten Acten in der Sache des Castellans von Malczewski wider den Castellan Grafen von Gurowski nach, und schlugen zugleich über das behauptete Gewohnheitsrecht zwei neue Sachverständige in der Person des ehemaligen Kalischer Tribunals-Präsidenten von Stablewski und des Tribunals-Richters von Daleszynski vor, deren Vernehmung in zweiter Instanz erfolgte. Kläger starb im Laufe der Instanz, und seinem Nachlaß wurde ein Curator bestellt. Das Ober-Appellationsgericht zu Posen erkannte mittelst des, am 4. September 1837 eröffneten Urtels, unter Abänderung des ersten Erkenntnisses:

> daß der Kläger, jetzt dessen Nachlaß-Curator, mit seinem Erbanspruche an den Nachlaß der Anastasia von Starzenska völlig abzuweisen, dieses Erbrecht vielmehr den Verklagten, Sylvester von Szczanieckischen Erben, mit Vorbehalt der Ausgleichung unter sich, zuzusprechen.

Diese Entscheidung beruht auf der Annahme, daß das Jus terrestre nobilitatis Prussiae correctum, welches gewöhnlich Jus correctum oder Correctura genannt

wird, nach den Aussagen der bewährtesten, darüber in älterer und neuerer Zeit vernommenen Polnischen Juristen in Polen niemals Gesetzeskraft gehabt habe, und höchstens in einzelnen Fällen bei gänzlichem Mangel einheimischer Gesetze und Gewohnheiten zur Anwendung gebracht worden sei; im vorliegenden Falle aber um so mehr unberücksichtigt bleiben müsse, als die Verklagten die, von ihnen behauptete Gewohnheit wirklich nachgewiesen hätten. Der Einwand des Klägers, daß unter den Polnischen Gesetzen, welche nach dem transitorischen Gesetz vom 10. October 1809 auf den vorliegenden Fall anzuwenden, nur geschriebenes Recht zu verstehen, wurde als unbegründet verworfen, weil unter Gesetz im weiteren Sinne auch die Gewohnheitsrechte begriffen werden, diese auch in dem transitorischen Gesetz nicht für unanwendbar erklärt seien.

Der klagende Nachlaß-Curator wandte gegen diese Entscheidung die Revision ein; das Geheime Ober-Tribunal erkannte indeß unterm 9. Juli 1838 auf Bestätigung des Appellationsurtels.

Gründe.

Bei der, zwischen den Parteien obwaltenden, nur den Rechtspunct betreffenden Verschiedenheit der Ansicht, hat die richterliche Beurtheilung es vor Allem damit zu thun, die Rechtsquelle festzustellen, aus welcher die Entscheidung zu schöpfen ist.

Der Todesfall der Anastasia von Starzenska hat sich im October 1807 im damaligen Herzogthum Warschau, und zwar in demjenigen Theile desselben ereignet, der jetzt das Großherzogthum Posen bildet. Es kommen daher zunächst das Patent vom 9. November 1816, wegen Wiedereinführung der Preußischen Gesetze in den gedachten Landestheil, und das, zur Herzoglich Warschaui-

schen Zeit ergangene transitorische Gesetz vom 10. October 1809 hier in Betracht.

Das Patent vom 9. November 1816 bestimmt im §. 3.,
daß das A. L. R. auf die, vor dem 1. März 1817 während der Gesetzeskraft der fremden Rechte vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden solle.

Das transitorische Gesetz vom 10. October 1809 verordnet Art 6. und 2.:

daß das, in Südpreußen geltend gewesene A. L. R. in dem hier in Rede stehenden Districte mit dem 24. Februar 1807 seine Gültigkeit verloren habe, und vom 1. Mai 1808 an das Französische Gesetzbuch an seine Stelle getreten sei;

für die Zwischenzeit vom 24. Februar 1807 bis zum 1. Mai 1808 sollten, nach dem angeführten Art. 6.,

die Polnischen Gesetze und, in deren Ermangelung, die Gesetze der vorigen Regierung zur Anwendung gebracht werden.

Nach diesen eben so deutlichen als unzweifelhaft zur Anwendung kommenden Bestimmungen fragt es sich nur: ob für den vorliegenden Fall Polnische Gesetze vorhanden sind, und welche Vorschriften dieselben enthalten. Der Kläger beruft sich auf das Jus terrestre nobilitatis Prussiae correctum als recipirtes Provincialrecht, die Verklagten dagegen wollen ein angebliches Gewohnheitsrecht zur Anwendung gebracht wissen, während der Kläger die Gültigkeit von Gewohnheitsrechten für die bezeichnete Periode vom 24. Februar 1807 bis 1. Mai 1808 gänzlich bestreitet.

Der Art. 7. des transitorischen Gesetzes verordnet:

daß in Ansehung der Polnischen Gesetze allein zur Richt-

schnur dienen sollen die authentische Gesetzsammlung, die unter dem Titel: Volumina legum bekannt ist, die Reichstags-Constitutionen und die Verordnungen der regierenden Commission; wogegen andere Werke, als das des Herburtus de Fulstein und das des Anton Trembicki, welches in den Provinzen Süd- und Neuostpreußen Autorität gehabt, dergleichen Ansehen fernerweit nicht haben sollen.

Das Jus terrestre, worauf sich Kläger stützt, wird durch diese Vorschrift um so gewisser beseitigt, als es sich in den, als authentisch bezeichneten Sammlungen nicht vorfindet, sondern nur in der Trembickischen Sammlung enthalten ist, deren Anwendbarkeit untersagt wird. Abgesehen hiervon ist die Einführung des Jus terrestre in den ehemaligen Kronprovinzen Polens auch sonst nicht nur nicht dargethan, sondern vielmehr das gerade Gegentheil davon erwiesen, indem von den, zur Südpreußischen Zeit vernommenen Sachverständigen, deren Aussagen in Stengel's Beiträgen Bd. XVII. S. 72. flgd. abgedruckt sind, der ehemalige Tribunals-Richter von Skrzypinski, der Grod-Gerichtsschreiber von Jaraczewski, die Notare von Brodnicki und von Rogowski, so wie der Kammerherr von Jonemann, einstimmig bekundet haben, daß die gedachte Correctur in Polen niemals Gesetzeskraft gehabt habe, oder vorschriftsmäßig recipirt worden sei.

Zwar bemerkt der, im jetzigen Proceß vernommene ehemalige Polnische Tribunals-Präsident von Stablewski in seinem schriftlich ausgearbeiteten Gutachten, daß König Sigismund III. die Preußische Correctur im Jahre 1598 sowohl in den Preußischen Provinzen (den Woiwodschaften Masovien, Kulm und an der See — Pomorsko, Pommern —) als auch in den Kronprovinzen eingeführt

habe; und es stimmt hiermit auch das Publications-Patent vom 12. April 1593 überein, welches in der, zu Thorn 1599 und zu Danzig 1736 veranstalteten Ausgabe des Jus terrestre vorgedruckt ist, indem es darin heißt:

Ut secundum leges in ea (scil. Correctura) descriptas omnia equestris ordinis negotia in quibuscunque judiciorum subselliis, ubivis, tam intra quam extra Prussiam, post hac judicentur atque decidantur.

Gleichwohl kann diese Publication für gehörig bewirkt und das Jus terrestre in den Kronprovinzen für recipirt nicht erachtet werden, weil es an dem Nachweise fehlt, daß die Correctur, wie nach der damaligen Verfassung erforderlich war, von dem Reichstage angenommen und durch eine Constitution den Gerichten zur Befolgung vorgeschrieben worden.

Der, zur Südpreußischen Zeit vernommene, damals bei der Hypotheken-Commission angestellte Seraphin von Smielowski behauptet freilich[4]), daß eine solche Annahme auf dem Reichstage von 1726 erfolgt sei, und auch der von Stablewski bemerkt, es sei dies unter dem Könige August II. zwischen 1726 und 1736 geschehen. Der Franz von Mikorski führt indeß dagegen an[5]), daß sich die Constitution von 1726 nur auf die oben genannten Preußischen Provinzen Polens erstreckt habe. Da nun auch das Ober-Appellationsgericht zu Posen in seinem, unterm 27. April 1835 an das Königliche Justizministerium erstatteten Berichte über das altpolnische Erbfolgerecht (Jahrbücher, Bd. XLVIII. S. 1. u. flgd.)

---

4) Stengel, a. a. O. Bd. XVII. S. 80. u. flgd. D. H.

5) Stengel, a. a. O. S. 88. u. flgd. D. H.

sich gegen die Ansicht ausgesprochen hat, daß das Jus terrestre nobilitatis Prussiae correctum in den Kronprovinzen recipirt gewesen, und die Constitution vom Jahre 1726 überdies nicht beigebracht ist, so kann der Nachweis der Gültigkeit jenes Rechts als Polnisches Provincialrecht nicht für geführt erachtet werden. Nur so viel ist nach den Aussagen des ehemaligen Landgerichts-Präsidenten von Roznewski[6]) und des jetzt vernommenen Tribunals-Richters von Daleszynski, so wie des von Stablewski als feststehend anzunehmen, daß sich einzelne Gerichte, bei gänzlichem Mangel aller geschriebenen und Gewohnheitsrechte, der Correctur als Auskunftsmittel in ihren Entscheidungen bedient haben; dies genügt aber nicht, die Anwendung der Correctur auf den vorliegenden Fall zu rechtfertigen.

Es entsteht nunmehr die Frage:

ob auf das, von den Verklagten behauptete Gewohnheitsrecht bei Entscheidung der Sache Rücksicht genommen werden darf.

Das transitorische Gesetz nennt als diejenigen Polnischen Gesetze, welche für die Zeit vom 24. Februar 1807 bis 1. Mai 1808 allein zur Richtschnur dienen sollen, ausdrücklich nur geschriebenes Recht, und erwähnt nirgend des Gewohnheitsrechts. Eine solche Erwähnung war aber um so mehr unerläßlich, da die Gewohnheitsrechte bereits vor Emanirung des transitorischen Gesetzes durch die, am 1. Mai 1808 erfolgte Einführung des Code Napoléon abgeschafft waren, ihre Gültigkeit für die Zwischenperiode mithin ausdrücklich hätte ausgesprochen werden müssen.

Allein wenn auch durch jene Vorschrift die directe An-

6) Stengel, a. a. O. S. 72. u. flgd. D. H.

wendbarkeit des Gewohnheitsrechts in Erbfällen beseitigt scheint: so ist doch damit für den Kläger noch kein ersprießliches Resultat gewonnen. Bei dem Mangel aller Polnischen Gesetze, muß, nach der Vorschrift der mehrgedachten transitorischen Verordnung, auf die Gesetze der vorigen, d. h. der Südpreußischen Regierung zurückgegangen werden. Sofern nun nach diesen Gewohnheitsrechte zulässig sind, gelangt man auf einem Umwege wieder zu der Frage zurück, ob für den vorliegenden Fall ein Gewohnheitsrecht sich gebildet habe.

Unter den Gesetzen der vorigen Regierung, auf welche nach dem transitorischen Gesetze zurückgegangen werden soll, sind nämlich, wie Art 6. verordnet, zu verstehen:

> die Preußischen Gesetze in der Ausdehnung, wie solche durch das Patent vom 28. März 1794 und durch die Declaration vom 30. April 1797 für Südpreußen in Kraft gesetzt waren.

Hiernach sind zunächst die drei ersten Titel im zweiten Theil des A. L. R., worin die Gesetze über die Erbfolge enthalten sind, ganz suspendirt; sodann aber heißt es in der, am 30. April 1797 ergangenen Declaration des Edicts vom 28. März 1794 wegen der in Südpreußen geltenden Gesetze und Rechte, §. 1. wegen der Successionsordnung:

> daß bis zur Revision der darüber vorhandenen Gesetze, auch nach dem 1. September 1797 die sich ereignenden Erbfälle ab intestato, noch fernerhin nach den bisher in jedem Districte bestandenen Gesetzen und Gewohnheiten beurtheilt und regulirt werden sollen.

Es muß daher auf Gewohnheiten, soweit sie erweislich zu machen sind, allerdings Rücksicht genommen werden.

Die, von den Verklagten behauptete Gewohnheit,

daß Ascendenten in dem Nachlasse ihrer Descendenten kein Erbrecht gehabt, und daß vielmehr das Erbrecht durch den Ursprung des Vermögens bedingt worden, ist aber durch die hierin völlig übereinstimmende Aussage sowohl der älteren, als der im gegenwärtigen Proceß vernommenen Sachverständigen, vollständig dargethan. Sämmtliche abgehörte Personen sind viele Jahre praktische Juristen gewesen, und bekunden, daß jene Grundsätze zum leitenden Princip in allen, ihnen bekannten Erbfolgesachen gedient haben. Der Kammerherr von Jonemann bezeichnet in seinem, unterm 7. April 1806 an die Regierung zu Posen erstatteten Gutachten, welches er bereits in der Sache von Malczewski wider von Gurowski am 20. October 1797 [7]) gerichtlich abgegeben, mehrere Processe namentlich, in denen nach diesen Grundsätzen erkannt worden, und der von Stablewski fügt die Bemerkung hinzu:

> daß während seiner vieljährigen Praxis als Polnischer Jurist kein, dem vorliegenden ähnlicher Rechtsstreit geschwebt, wiewohl viele Fälle vorgekommen, daß der Ehemann seine Ehefrau und Kinder überlebt habe. Niemand — sagt er — hätte es gewagt, einen solchen Proceß anzustrengen; denn er würde nicht blos zur Tragung sämmtlicher Kosten verurtheilt worden, sondern auch dem öffentlichen Vorwurf der Chikane ausgesetzt gewesen sein.

Die Ausstellungen des Klägers gegen die Glaubwürdigkeit dieses Sachverständigen wegen seines Verwandtschaftsverhältnisses zu der einen Mitverklagten sind theils unerwiesen geblieben, theils aber auch um deshalb ohne Einfluß auf die Sache, weil, außer dem von Stablewski,

7) Stengel, a. a. O. S. 94. u. flgd.

die große Anzahl der übrigen Aussagen den erforderlichen Beweis für die Existenz des behaupteten Gewohnheitsrechts schon vollständig liefert.

Das, hiernach für erwiesen anzusehende Gewohnheitsrecht enthält auch an sich keine so abnorme Festsetzung, als es vielleicht auf den ersten Blick scheinen möchte. Vielmehr erkennt man darin, wie dies auch der Kammerherr von Jonemann ausdrücklich erwähnt, eine Anwendung der Grundsätze des Lehnrechts [8]) auf die Allodial-Succession. So wenig im Lehnrecht eine Succession in der aufsteigenden Linie vorkommt, ebenso wenig ließ sie der Polnische Gerichtsgebrauch in der gewöhnlichen Erbfolge zu. Die Rücksicht auf den Ursprung des Vermögens schloß endlich selbst die Möglichkeit einer Erbfolge der Ascendenten aus, da wenigstens bei dem, durch Erbfall auf den Erblasser selbst gediehenen Vermögen, wenn es von einem Ascendenten herrührte, dieser schon früher verstorben sein mußte, also selbst nicht Erbe seines Erben werden konnte, und wenn Letzterem aus der Seitenlinie Vermögen zugefallen war, solches wieder an die Seitenlinie zurückkehrte. Etwanige besondere Fälle, wo Ascendenten gleichwohl hätten erben können, mußten sich der allgemeinen Regel unterordnen. Auf diese Weise bildete sich die Polnische Successions-Ordnung zu einem abgeschlossenen, überall gehörig motivirten Systeme aus.

Ihre

8) Vgl. II. Feud. 50.:
„Successionis feudi talis est natura, quod ascendentes non succedunt, verbi gratia pater filio."

G. L. Boehmer, principia juris feudalis. §. 146.; Schnaubert, Erläuterung des Lehnrechts S. 541.; Pätz, Lehnrecht. §. 99. S. 236. u. flgd.; Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. (4. Ausg.) §. 352. S. 846. u. flgd. D. H.

Ihre Anwendung auf den vorliegenden Fall macht die Bestätigung des Urtels unbedenklich.

№ 5.

Ehemaliges Großherzogthum Berg. Kurmudsgut. Eigenthumsverleihung Vererbliches Besitzrecht. Zeitpacht. Kurmud. Realabgabe. Gewinnbrief. Vorbehalt des Heimfalls.

I. In den Landestheilen, welche zum ehemaligen Großherzogthum Berg eine Zeit lang gehört haben, gebührt den Besitzern der, im §. 11. des Decrets vom 13. September 1811 wegen der abgeschafften Rechte und Abgaben [1]) erwähnten

1) Das Kaiserliche Decret, die im Großherzogthum Berg abgeschafften Rechte und Abgaben betreffend, vom 13. September 1811, befindet sich im Gesetz-Bülletin des Großherzogthums Berg, Stück 15. № 43. S. 238 u. flgd. Die Art. 8—11. lauten:

Art. 8. „Dem zu Folge wird dafür gehalten, daß das volle Eigenthum einer jeden unbeweglichen Sache, dieselbe mag vorhin lehnbar oder ursprünglich allodial gewesen sein, in den Händen dessen, welcher das nutzbare Eigenthum davon hat, beruhet."

Art. 9. „Jene nutzbaren Lehens- oder herrschaftlichen und emphyteutischen Rechte, welche gemäß den hiernach folgenden Bestimmungen bis zur Ablösung bestehen bleiben, werden den bloßen Grundrenten und Grundlasten gleichgestellt."

Art. 10. „Der Schuldner dieser Rechte kann die Güter, worauf solche haften, ohne Einwilligung des Gläubigers veräußern, verpfänden oder mit Hypotheken beschweren."

Kurmudsgüter ein Anspruch auf das volle Eigenthum nach §. 15. des Gesetzes vom 21. April 1825 nur dann, wenn die, in jedem einzelnen Falle besonders vorzunehmende Prüfung ergiebt, daß ihnen bereits zur Zeit, wo das gedachte Decret Gesetzeskraft erhielt, ein vererbliches Besitzrecht an dem Grundstücke zustand.

Gesetz über die, den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse und über die Realberechtigungen in den Landestheilen, welche zu dem ehemaligen Großherzogthum Berg eine Zeit lang gehört haben; vom 21. April 1825. §§. 1. 15. 21. (Gesetz-Sammlung S. 94. 97.)

Art. 11. „Die Verfügungen der drei vorstehenden Artikel sind auf die, in dem Großherzogthum Berg unter den hier nachfolgenden Benennungen bekannten Güter anwendbar; nämlich:

1. Erbpachtgüter;
2. Emphyteutische Güter;
3. Leib- oder Erbleibgewinnsgüter;
4. Erbbehändigungsgüter;
5. Hobs- und Behändigungsgüter;
6. Erbzinsgüter;
7. Lathengüter;
8. Kurmudgüter;
9. Kurmedige Güter;
10. Sattelgüter;
11. Freigüter;
12. Stuhlfreie Güter;
13. Erblehen;
14. Herrengüter;

und auf alle andere von gleicher Natur, wie sie auch immer genannt werden mögen."

D. H.

Vgl. Allerhöchste Cabinetsorder vom 21. April 1825, in Bezug auf die, unter demselben Dato erlassenen Gesetze über die gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse im vormaligen Königreich Westphalen, Großherzogthum Berg und französisch-hanseatischen oder Lippe-Departement (Gesetz-Sammlung S. 73.).

II. Ein erbliches Besitzrecht ist bei einem Kurmudsgut anzunehmen, wenn die Kurmud als Realabgabe von dem Gute entrichtet worden.

Angeführtes Gesetz §§. 10. 21. (a. a. O. S. 97. 98.).

III. Der, bei Kurmudsgütern in den Gewinnbriefen sich findende Vorbehalt:

„daß der Hof nach dem Absterben der Pächter los und ledig zur freien Disposition wieder anheim fallen und ihre Kinder oder sonstige Erben kein weiteres Recht daran haben sollen, als dasjenige, welches sie auf's Neue wiedergewinnen und ihnen alsdann gestattet wird,"

schließt ein vererbliches Besitzrecht an dem Grundstücke nicht aus.

Zwischen dem Freiherrn von V. und der Wittwe des Heinrich Wilhelm Görgens, gebornen Reuel, Besitzerin des sogenannten Reuelshofes zu Byfang im Stifte Essen, entstand darüber Streit, ob die Letztere nur Zeitpächterin des Hofes sei, oder ihr daran schon vor der fremden Gesetzgebung erbliche Rechte zugestanden haben.

Der Freiherr von V. behauptete das Erstere, erhob gegen die Wittwe Görgens Klage, und trug dahin an:

der Verklagten die erblichen Nutzungsrechte am Hofe abzusprechen.

Die Verklagte bezog sich auf die, ihr und ihren Vorfahren ertheilten Gewinnbriefe, wonach die Reuelscolonie als ein Kurmudsgut besessen werde, und behauptete, daß hieraus ein erbliches Besitzrecht folge. Sie verlangte die Abweisung des Klägers, und brachte eine Wiederklage an mit dem Antrage:

ihr an dem Reuelshofe das volle Eigenthum, mit Vorbehalt der Realansprüche des Wiederverklagten, zuzuerkennen.

Das Land- und Stadtgericht zu Essen entschied in der Sitzung vom 2. März 1836 auf die Klage nach dem Antrage des Klägers und bei der Wiederklage auf Abweisung der Verklagten und Wiederklägerin.

Letztere appellirte, und der Civil-Senat des Oberlandesgerichts zu Hamm änderte das erste Erkenntniß durch das, am 20. Januar 1837 publicirte Urtel dahin, daß

1. auf die Klage der Kläger mit seinem Antrage, der Verklagten das, an dem Reuelshofe zu Byfang in Anspruch genommene erbliche Nutzungsrecht abzuerkennen, lediglich zurückzuweisen, und

2. in der Wiederklage der Wiederklägerin das volle Eigenthum an dem gedachten Hofe, mit Vorbehalt der Realansprüche des Wiederverklagten, zuzuerkennen.

Auf die, von den Erben des verstorbenen Klägers und Wiederverklagten eingelegte Revision bestätigte das Geheime Ober-Tribunal in der Sitzung vom 11. Mai 1838 das Appellations-Urtel.

Gründe.

Der Appellationsrichter hält die Verklagte von jeder Beweisführung über ihr Besitzrecht befreit, weil sie kein gewöhnliches Leibgewinnsgut, sondern ein eigentliches Kurmudsgut im Besitz habe, die Kurmudsgüter aber schon durch das Kaiserliche Decret vom 13. September 1811 in das Eigenthum der Colonen übergegangen und die, den Gutsherrn daran zustehenden Rechte den bloßen Grundrenten und Grundgerechtigkeiten gleichgestellt seien. Das Gesetz vom 21. April 1825 habe hierin nichts geändert, vielmehr diesen Rechtszustand im §. 15. ausdrücklich bestätigt. Dasselbe habe zwar die, im Art. 11. des vorgedachten Decrets geschehene namentliche Bezeichnung einzelner Güter, welcher demnächst der Zusatz: „et à tous autres de même nature" folge, nicht wieder aufgenommen, vielmehr im §. 15., dem Geist des Decrets gemäß, zugleich aber umfassender und mehr den deutschen Rechtsbegriffen angemessen, durch die Worte:

„jeder bäuerliche Besitzer, welchem ein vererbliches Besitzrecht an einem Grundstücke zustand;"

den Gattungsbegriff ausgesprochen.

In der, das Gesetz einleitenden Allerhöchsten Cabinetsorder vom 21. April 1825 sei indeß ausdrücklich gesagt, daß die fremde Gesetzgebung einen unzweifelhaften Rechtszustand begründet habe.

Es müsse daher auch angenommen werden, daß das Gesetz, wo nicht das Gegentheil erhelle, es bei diesem Rechtszustande habe lassen, also auch unter dem Ausdruck „vererbliches Besitzrecht" die in dem Bergischen Decret namentlich genannten bäuerlichen Güter begreifen wollen. Dies werde noch mehr außer Zweifel gestellt, wenn man berücksichtige, daß der §. 22. des Gesetzes die

Theorie des Art. 12.[2]) über die Leib- und Zeitgewinns-güter wörtlich wiedergebe, also nur da eine Ausnahme

2) Der Art. 12. des angeführten Decrets verordnet:
„Die, in einigen Theilen des Großherzogthums unter dem Namen Leib- und Zeitgewinnsgüter bekannten Güter sollen nach den nämlichen Grundsätzen behandelt, und es soll in den hier nachfolgenden Fällen dafür gehalten werden, daß sie den Inhabern dem vollen Eigenthum nach, jedoch mit Vorbehalt der, durch das gegenwärtige Decret bis zur Ablösung beibehaltenen Abgaben, zugehören, nämlich:

Wenn die Inhaber beweisen werden, 1stens, daß die Gebäude ihnen zugehören; 2tens, daß ihre Familien vom Vater auf den Sohn, während drei Generationen wenigstens, diese Güter benutzt haben; 3tens, daß der Pachtschilling während dieser Zeit gleichförmig gewesen ist, oder daß die Erhöhungen oder Verminderungen desselben weder in dem Steigen oder Fallen des Preises der Lebensmittel, noch in dem bloßen Willen des Verpachters, sondern in außerordentlichen Ereignissen, wodurch der Umfang oder der Ertrag des Gutes vermehrt oder vermindert worden ist, ihren Grund gehabt haben; 4tens, daß sie allein alle gewöhnliche und außergewöhnliche Auflagen bezahlt haben. Vorausgesetzt jedoch, daß sie mit dem Beweise dieser vier Umstände noch den Beweis eines der folgenden Umstände verbinden:

1stens. Daß die Güter ihnen mit der Bestimmung, solche nicht ohne Einwilligung des Verpachters zu veräußern, zu verpfänden oder mit Hypotheken zu beschweren, übergeben worden;

2tens. Daß der Verpachter sich die Befugniß vorbehalten hat, zur Bestimmung des Brautschatzes oder der Versorgung der Kinder mitzuwirken;

3tens. Daß im Falle der Heirath des Pachters, dessen Frau ein Gewinngeld zu zahlen verpflichtet war;

4tens. Daß die Eltern oder der Überlebende von ihnen, nach Übertragung dieser Güter an eins ihrer Kinder, fortgefahren haben, einen Theil der in dem Pacht begriffenen Güter unter dem Titel von Leibzucht zu benutzen.

Alles jedoch mit Vorbehalt des Gegenbeweises, welcher für den Verpachter entweder aus einem rechtskräftigen Erkenntnisse oder aus einer förmlichen Anerkennung von Seiten des Pachters entstehen könnte."

D. H.

und Beschränkung mache, wo dieselbe sich auch in dem Bergischen Decrete finde.

Das Hauptargument für diese Ausführung entnimmt der Appellationsrichter hiernach aus den Worten der Allerhöchsten Cabinetsorder vom 21. April 1825. Es wird jedoch das daraus Hergeleitete durch dieselben nicht erwiesen, weil sie nur den Grund angeben, weshalb des Königs Majestät die, von der Gesetzgebung über denselben Gegenstand in den übrigen Provinzen abweichenden Bestimmungen zu genehmigen geruht haben. Es heißt nämlich in der Allerhöchsten Order wörtlich:

„Wenn gleich manche, aus der fremden Gesetzgebung übergegangene Bestimmungen mit den, von Mir während des gleichen Zeitraums erlassenen Gesetzen, wodurch die Erbunterthänigkeit aufgehoben und über die Verhältnisse des Grundbesitzes verfügt worden ist, nicht völlig übereinstimmen; so habe Ich dennoch, weil die fremde Gesetzgebung, soweit sie während ihrer kurzen Dauer zur factischen Wirklichkeit gelangt war, einen unzweifelhaften Rechtszustand begründet hatte, im übrigen aber die Forderungen der Gerechtigkeit, wie solche durch die, in den älteren Provinzen der Monarchie über die Verhältnisse des Grundbesitzes seit dem Jahre 1807 erlassenen Vorschriften anerkannt und in Anwendung gebracht worden, überall berücksichtigt sind, den, vom Staatsrath begutachteten Entwürfen Meine Zustimmung ertheilt."

Hiernach sind es die, in der Allerhöchsten Order gedachten Gesetze selbst, nach welchen zu beurtheilen ist, in wie fern der factische Rechtszustand beibehalten worden. Das Gesetz über die, den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse und über die Realberechtigungen in den Lan-

destheilen, welche zu dem ehemaligen Großherzogthum Berg eine Zeit lang gehört haben, vom 21. April 1825 setzt aber im §. 1. das Decret vom 13. September 1811 gänzlich außer Kraft, und es sollen danach von dieser Aufhebung nur diejenigen Bestimmungen ausgenommen sein, welche, wie es im §. 1. wörtlich heißt, „in Unsern eigenen Gesetzen ausdrücklich erwähnt und bestätigt werden." Zu diesen Bestimmungen gehört nun keinesweges der Art. 11. des gedachten Bergischen Decrets, worin die Güter namhaft gemacht werden, auf welche die drei vorhergehenden Artikel wegen Verleihung des Eigenthums anwendbar sind, und unter denen № 8. und 9. die Kurmudsgüter — kurmedige Güter — ausdrücklich genannt werden. Vielmehr ist statt dessen im §. 15. des Gesetzes vom 21. April 1825 verfügt:

„Jeder bäuerliche Besitzer, welchem zu der Zeit, wo die erlassenen fremden Gesetze für ihn Gesetzeskraft erhielten, ein vererbliches Besitzrecht an einem Grundstück zustand, hat daran jedenfalls, die §. 21. bestimmten Fälle ausgenommen, das volle Eigenthum erworben."

Es kommt daher auf den Zustand an, welcher zur Zeit der ergangenen fremden Gesetze bereits bestand, keinesweges auf einen neuen, durch diese fremden Gesetze erst eingeführten Rechtszustand.

Über das ursprüngliche Rechtsverhältniß, worauf das Besitzrecht der Verklagten und deren Vorfahren beruht, fehlt es nun an allen Nachrichten. Nach dem Gewinnbriefe vom Jahre 1738 führte bereits damals der Johann Heinrich „ufm Neul," als er mit seiner Ehefrau, Anna Katharina von der Deysel, den Hof wieder gewonnen, den Namen vom Hofe. Die hieraus

sich ergebenden Umstände, nämlich die Benennung nach dem Hofe und das Wiedergewinnen desselben, führen zu der Überzeugung, daß das Besitzrecht des Johann Heinrich ufm Reul schon an ein, zwischen seinen Vorfahren und dem Gutsherrn bestandenes Rechtsverhältniß geknüpft ward. Dasselbe ergiebt der neueste Gewinnbrief vom 24. August 1796, wonach damals der Hof den Besitzern, wie solchen ihre Vorfahren von jeher untergehabt, verthan und verpachtet wurde.

Ein Zeitpachtsverhältniß nachzuweisen, ist den Klägern nicht gelungen. Es steht ihnen dabei zuvörderst entgegen, daß der streitige Hof die Eigenschaft eines Kurmudsgutes hat. Die Kläger bestreiten zwar, daß aus der, von dem Gute zu entrichtenden Kurmud etwas gegen das Zeitpachtsverhältniß folge, weil jene Abgabe bald eine dingliche, bald eine persönliche Leistung sei, auch bei Grundstücken, die niemals in einem gutsherrlichen oder Eigenbehörigkeitsverhältniß gestanden haben, vorkomme, und daher kein sicheres Merkmal der ehemals bestandenen Leibeigenschaft sei, auch öfters von Zeitpächtern, als Theil der Pacht, entrichtet worden. Allein diese allgemeinen Sätze, welche Kläger aus den Gründen früher ergangener Entscheidungen entnommen haben, geben keinen Anhalt zur Feststellung der Beschaffenheit eines bestimmten Gutes; vielmehr muß, wenn, wie sie behaupten, die Abgabe bald von Leibeigenen, bald von freien Grundbesitzern, ja selbst von Pächtern entrichtet worden, und mithin ebenso wohl eine dingliche wie eine persönliche Last sein kann, gerade in jedem concreten Fall Ursprung und Beschaffenheit der Abgabe erforscht werden, um zu einem sichern Resultate zu gelangen.

Im Allgemeinen ist außer Zweifel, daß das Mortuarium und ebenso die Kurmud (Kurmede) ihren Ursprung

in der Leibeigenschaft oder einer ähnlichen strengen Dienstverpflichtung, Hörigkeit, hat;

von Buri, Erläuterung des Lehnrechts. Fortsetzung IV. Cap. 3. S. 137.

Danz, Handbuch des Privatrechts. Bd. IV. §. 549. 550.

Runde, Deutsches Privatrecht. §. 549.

Den Gutsherren war es lästig geworden, für jedes kleine Bedürfniß ihrer Leibeigenen zu sorgen, oder durch ihre Haushaltungsbeamten sorgen zu lassen. Sie hatten, theils aus Bequemlichkeit, theils um den Fleiß ihrer Bauern mehr anzuspornen, diesen gestattet, sich ein Peculium zu sammeln, über welches dieselben jedoch nicht letztwillig verfügen konnten, das vielmehr nach ihrem Tode dem Herrn zufiel. Mit der Zeit ward das Recht des Letzteren an dem Nachlaß seines Leibeigenen indeß auf das beste Stück Vieh oder das beste Gewand eingeschränkt,

Bodmann, vom Besthaupte. S. 6.

Danz, a. a. O. §. 549.;

und in Folge der später aufkommenden Hofhörigkeit oder Erbunterthänigkeit auch sonst mannigfach modificirt. So wurde die Abgabe bei erfolgter Freilassung vielfältig vorbehalten; Andere, obgleich Freigeborne, verpflichteten sich gegen Gewinnung eines Colonats, erblich oder auf gewisse Jahre, nicht selten zu dieser Abgabe; endlich wurde dieselbe im sechszehnten Jahrhundert nach Art beständiger Hof- und Grundzinsen gar häufig auf Güter gelegt;

Danz, a. a. O.

Schwarz, von Reallasten. §. 20.

Dunker, von Reallasten. §. 55., vgl. mit

Kindlinger, von der Hörigkeit. §. 32. ff.

Erst insoweit die Abgabe auf gewissen Gütern haf-

tete, bekamen die letzteren nach derselben besondere Benennungen: **Kurmudsgüter**, **Köhrgüter**; der Inbegriff der, auf die Abgabe anwendbaren Rechtsbestimmungen hieß **Kurmudsrecht**;

von **Buri**, Abhandlung von den Bauergütern. S. 138. 139.

Wenn Zeitpächter eine Abgabe unter dem Namen: Kurmud entrichten, so läßt sich eine dingliche Beschaffenheit derselben nicht annehmen. Der Pächter ist vielmehr ein unvollständiger Besitzer Namens des Gutsherrn, und eine Reallast, der das Gut gegen den Verpächter unterworfen sein könnte, nicht denkbar. In einem solchen Falle ist daher ein Kurmudsgut nicht vorhanden, und das Kurmudsrecht findet keine Anwendung. —

Es wird sodann ausgeführt, daß die, von dem streitigen Hofe zu entrichtende Kurmud eine **dingliche** Abgabe sei. Hiernächst heißt es weiter:

Ist hiernach erwiesen, daß die auf dem Gute der Verklagten haftende Kurmudsabgabe eine Reallast ist, so kann auch die Erblichkeit des Hofes keinem Zweifel unterliegen.

Von **Cramer**, Wetzlarsche Nebenstunden, führt nach dem Zeugniß von **Ludolf**, a. a. O. Th. IV. S. 37., an:

Curmodalia bona in ducatu Juliacensi et abbatia *Essensi sita*, qualitatem feudalem habere.

Rive, über das Bauergüterwesen §. 126. S. 332., bemerkt von den, im Essenschen belegenen Kurmudsgütern, daß mit denselben ein anerkanntes Erbrecht verbunden gewesen.

Ebenso legt **von Buri**, Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, Fortsetzung IV. Cap. 3. S. 139. 140., den Besitzern der Kurmudsgüter zwar kein volles Eigenthum, aber ein unbedingtes Erbrecht bei, mit dem Hin-

zufügen, daß der künftige Kurmudsmann sich von seinem Herrn in den Besitz des Gutes setzen, sich solches behanden und übergeben lassen müsse.

Müller, über das Güterwesen S. 243., bemerkt in Beziehung auf die Ausdrücke: Pacht und Gewinn, daß die zu Behandigungspacht und Kurmudsrechten verliehenen Güter zu Erbrecht stehen.

Welter, das gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß S. 270., endlich sagt:

„Daher muß in allen Fällen, wo der bestimmte Sterbefall nur bei dem Absterben eines Colonatsbesitzers zu entrichten war, derselbe als eine, für den vorgehabten Erbnießbrauch zu leistende, mithin als eine, auf dem Colonat haftende fortdauernde Abgabe angesehen werden."

Dieser, von so vielen Rechtslehrern bestätigte Rechtszustand liegt auch der Gesetzgebung zum Grunde. Das Großherzoglich Bergische Decret vom 13. September 1811 setzt die erbliche Qualität der Kurmud- — kurmedigen — Güter dergestalt als bekannt voraus, daß es die so benannten Güter im Art. 11. unbedingt zu denjenigen zählt, deren nutzbares Eigenthum in volles verwandelt werde. Ist gleich diese Bestimmung als Gesetz, wie vorhin gezeigt, nicht mehr anwendbar, so hat doch das Gesetz vom 21. April 1825 eine wichtige hierher gehörige Bestimmung aufgenommen. In dem Art. 29. des vorgedachten Decrets [3]) ist nämlich der Sterbefall und das, unter dem

---

3) Der Art. 29. a. a. O. bestimmt:

„Der Sterbfall, vermöge welchem der Grundherr oder Verpachter einen mehr oder minder beträchtlichen Antheil aus der Mobiliar-Nachlassenschaft des verstorbenen Pachters erhielte, ist ohne Entschädigung abgeschafft.

Das Nämliche ist der Fall mit dem, unter dem Namen Best-

Namen Besthaupt, Köhrrecht, Kurmud oder Kurmede bekannte Recht, das beste Stück zu nehmen, ohne Entschädigung abgeschafft, dieses letzte Recht jedoch insofern beibehalten, als es auf einem Colonate ruht. Diese Anordnung ist im §. 10. des Gesetzes vom 21. April 1825 ebenmäßig enthalten; wenn das Recht nicht auf einen aliquoten Theil der Erbschaft, sondern auf ein einzelnes Stück derselben (Besthaupt, Kurmede, Sterbebette rc. rc.) gerichtet ist, und zugleich auf einem Bauergute haftet, soll dasselbe ausnahmsweise fortdauern. Hierdurch ist vom Gesetzgeber anerkannt, daß die Abgabe, wenn sie auf einem Bauergute ruht, als eine Realabgabe angesehen werden soll, welcher der Besitzer unterworfen bleibt. Ein Zeitpachtverhältniß bei Gütern, von denen eine Abgabe der in Rede stehenden Art entrichtet wird, ist dadurch von selbst ausgeschlossen, indem die Rechtsverhältnisse der Zeitpächter nach §. 21. überhaupt durch das Gesetz nicht verändert worden sind, in Beziehung auf diese also eine Bestimmung über fortdauernde Rechte der Gutsherrn gar nicht eintreten konnte. Vielmehr folgt die Erblichkeit des Gutes von selbst daraus, daß, wie im vorliegenden Fall erwiesen ist, die Kurmud als eine Realabgabe von demselben entrichtet wird, und auf dem Gute selbst haftet.

Was Kläger aus dem Inhalt der Gewinnbriefe zum Nachweis eines Zeitpachtverhältnisses in Bezug genommen haben, ist nicht erheblich, am wenigsten die, nach dem Ange-

---

haupt, Köhrrecht, Kurmud oder Kurmede bekannten Rechte, das beste Stück zu nehmen.

Dieses letzte Recht wird jedoch insofern beibehalten, als es auf einem Colonate haftet; in diesem Falle soll es aber in der hiernach bestimmten Art ablösbar sein."

D. H.

führten für die Erblichkeit sprechenden Beweise zu widerlegen geeignet. Kläger beziehen sich auf den, in die Gewinnbriefe aufgenommenen Vorbehalt, daß die Erben der Pächter kein anderes Recht haben sollen, als was sie wieder von dem Gutsherrn gewinnen mögen; insbesondere aber auf folgende, in dem Gewinnbriefe vom 24. August 1796 enthaltene Stelle:

„Nach dieser beiden Pächter Absterben aber soll dieser unser Hof uns oder unsern Erben los und lediglich zur freien Disposition wieder anheim fallen, und ihre Kinder oder sonstige Erben kein ferneres Recht, es sei wegen vorzuschützender Observanz des Besitzstandes oder sonstigen Ausflüchten, wie sie auch immer erdacht werden können, daran haben, als was sie aufs Neue von uns oder unsern Erben gewinnen und ihnen alsdann gestattet werden wird."

Es darf jedoch den Worten:

„es sei wegen vorzuschützender Observanz des Besitzstandes oder sonstigen Ausflüchten, wie sie auch immer erdacht werden können,"

welche in den früheren Gewinnbriefen nicht enthalten sind, eine besondere Erheblichkeit nicht beigelegt werden. Auf den Besitzstand kommt es jetzt nicht an, und ein allgemeiner Verzicht auf „Ausflüchte, wie sie auch immer gedacht werden können," hat sowohl nach gemeinem Recht als nach Preußischen Gesetzen entweder gar keine oder doch nur eine sehr beschränkte Wirkung;

Thibaut, System des Pandektenrechts. §. 74.,
A. L. R. Th. I. Tit. 16. §. 404.

Die Schlußworte aber:

„und ihnen alsdann gestattet werden wird,"

können nicht Rechte hervorbringen, wodurch die Befugnisse

der Erben des Pächters vereitelt werden. Überdies enthalten jene Worte keine besondere neue Beschränkung; denn vorausgesetzt, daß die Erben des Pächters eine Befugniß haben, das Gut wieder zu gewinnen, so ist die Bemerkung, daß ihnen der Gewinn nach dem Ableben der bisherigen Pächter gestattet werden soll, ihrer Befugniß nicht nachtheilig. Die letztere wird aber überhaupt durch den gemachten Vorbehalt nicht ausgeschlossen. In den Worten, daß die Erben der Pächter kein anderes Recht haben sollen, als was sie wieder von dem Gutsherrn gewinnen, ist für die sämmtlichen Erben der Pächter in ununterbrochener Reihe nicht die Befugniß begründet, das Gut nach dem Tode der Besitzer bei der Concurrenz mit andern Personen, welche dasselbe an sich zu bringen beabsichtigen, überhaupt, oder unter gleichen Bedingungen, vermöge eines ihnen bewilligten persönlichen Näherrechts zu erwerben. Es ist ihnen vielmehr allgemein gerade zur Ausschließung des Heimfallsrechts die Befugniß eingeräumt, das Gut wieder zu gewinnen, mithin anerkannt, daß ihnen auf den Gewinn des Guts ein Recht zustehe. Wo dieses Recht vorhanden ist, da muß auch die Verbindlichkeit begründet sein, den Gewinn zu ertheilen. Es ist dies nur das Correlat jener Befugniß, und der Gutsherr kann sich der Gewinnertheilung nicht entziehn, wenn die Erben von ihrer Befugniß Gebrauch machen wollen. Da nun durch den Gewinn und die Gewinnertheilung nicht erst das dingliche Recht am Hofe erworben, sondern dabei vielmehr vorausgesetzt wird, daß dasselbe schon vorhanden sei, und deshalb die Gewinnertheilung nur zur Erhaltung und Sicherheit desselben dient: so muß die anerkannte Befugniß zur Gewinnung auch als Ausfluß des, den Besitzern an dem Hofe zustehenden dinglichen Rechts betrachtet werden. Eine

Befugniß des Gutsherrn, den Gewinn den Erben zu verweigern, läßt sich aus dem gedachten Vorbehalt daher nicht ableiten.

Müller, über das Güterwesen S. 243., findet sogar darin, wenn bei Leibgewinnsgütern jedesmal nach dem Absterben eines Leibes ein neues gewonnen und angesetzt werden muß, was auch in den Behandigungs- und Leibgewinnsbriefen ausgedrückt wird, wie z. B. bei dem Leibgewinns- und Kurmudsgut Ober-Bornscheid, einen Beweis der Erblichkeit. Rive, über das Bauergüterwesen S. 329., bezeugt, daß die Behandigungsbriefe bei den Hobs- und Behandigungsgütern in der Provinz Essen sämmtlich die Clausel enthielten:

„daß die Behandigten seit Lebens dieses Gut nutznießen und gebrauchen sollen,"

und die meisten überdies mit dem Zusatz:

„und nach Versterb der Hand kein Recht an dem Gut haben sollen, als was sie von uns in Gnade wieder winnen und werben würden."

Allein diese Clauseln hatten gar keine Wirkung, da ungeachtet ihrer nach dem Attest der Hobskammer vom 3. October 1772 den Hobserben die Behandigung ertheilt werden mußte.

Mit der Ausführung, daß der in Rede stehende Vorbehalt zur Ausschließung des Erbrechts des Besitzers an seinem Gut nicht geeignet sei, steht auch die, von den Klägern angeführte Entscheidung in der Proceßsache ihres Erblassers wider Butenberg nicht in Widerspruch, da die Rückfallsclausel, welche dieser Entscheidung zum Grunde liegt, dahin lautete, daß nach Absterben der Pächter das Gut dem Verpächter zur anderweitigen Disposition und Verpachtung verfallen sei; der Erben der Pächter aber

darin

darin nicht gedacht war. Was dagegen das jetzt in Rede stehende Gut betrifft, so enthält der §. 5. des Gewinnbriefes vom 24. August 1796 eine Bestimmung, woraus hervorgeht, daß an ein Recht, den Gewinn, wenn er gesucht werde, zu verweigern, nicht gedacht worden. Es ist nämlich daselbst bestimmt:

„Wenn einer der Pächter mit Tode abgeht, so soll der oder die noch lebende sich nicht wiederum verheirathen, es sei denn, daß uns solches zuvor angezeigt, der Consens dazu erlangt und den uns abermals verfallenen halben Gewinn bezahlt."

Der oben angeführte Vorbehalt kann daher den Beweis für ein Zeitpachtverhältniß, wie Kläger behaupten, keinesweges liefern.

Hiernach rechtfertigt sich die Bestätigung des Appellations-Urtels.

№ 6.

Münzsorte. Groschen. Courant. Silbergeld.

I. Die Allerhöchste Cabinetsorder vom 25. October 1825, nach welcher bei künftigen Verträgen und Rechnungen unter der Bezeichnung von Groschen, nur Silbergroschen verstanden sein sollen, bezieht sich nur auf den Fall, wenn in Verträgen die Bezeichnung: Groschen, ohne nähere Angabe der Münzsorte, gebraucht ist.

II. Haben die Parteien mündlich contrahirt, so muß bei entstehendem Streit durch Beweisaufnahme

ermittelt werden, über welche Art von Groschen sie einig geworden.

Angeführte Cabinetsorder vom 25. October 1825 (Gesetz-Sammlung S. 227.) [1]).

Der Ökonom L. verpflichtete sich durch ein, mit dem Ökonomen Z. mündlich geschlossenes Abkommen, den, auf dem Hofe des Z. sich sammelnden Dünger gegen eine, diesem zu zahlende, tagweise bedungene Vergütigung abzunehmen. L. erhielt den Dünger in der Zeit vom 3. Octo-

---

1) Die angeführte Allerhöchste Order bestimmt wörtlich:
„Da der Umlauf der alten Scheidemünze nunmehr nicht weiter statt findet; so setze Ich fest, daß bei jeder Art von Verträgen, so wie bei Rechnungen unter der Bezeichnung von Groschen, jedesmal Silbergroschen als Dreißig Theile eines Thalers, so wie unter Pfennigen Zwölf Theile eines Silbergroschens oder Dreihundert Sechzig Theile eines Thalers zu verstehen sind. Der Preissteller ist verbunden, die Zahlung hiernach anzunehmen, so daß fernerhin eine Rechnung auch nicht in ihren einzelnen Positionen in Groschen nach der Eintheilung von $\frac{1}{24}$ Thaler gestellt und etwa nur die Hauptsumme auf Silbergroschen reducirt sein darf, vielmehr der Zahlungspflichtige berechtigt sein soll, jede in Courant aufgeführte Untereintheilung eines Thalers als Silbergroschen oder $\frac{1}{30}$ und diese à 12 Pfennige zu rechnen und zu zahlen."

Vgl. 1. Gesetz über die Münzverfassung in den Preußischen Staaten; vom 30. September 1821 (Gesetz-Sammlung S. 159.).

2. Allerhöchste Cabinetsorder vom 25. November 1826 wegen Verbreitung der neuen Scheidemünze in die westlichen Provinzen der Monarchie (Gesetz-Sammlung S. 115.).

3. Allerhöchste Cabinetsorder vom 30. November 1829 über die Anwendung der vorstehend gedachten Order auf die östlichen Provinzen (Gesetz-Sammlung 1830. S. 3.).

4. Allerhöchste Cabinetsorder vom 28. Februar 1830, betreffend die Bestimmungen wegen der, in Neuvorpommern und Rügen noch im Umlauf befindlichen Münzen (Gesetz-Sammlung S. 22.).

D. H.

ber 1835 bis 5. September 1836, also 338 Tage hindurch, und an den beiden ersten Tagen des Octobers 1836. Z. stellte ihm hierauf eine Rechnung zu, welche wörtlich lautet:

„Der Ökonom Hr. August L. erhielt den Mist vom 3. October 1835 bis 5. September 1836 in Summa 338 Tage à 7 Gr. 3 Pf. Cour., beträgt . . 102 Thlr. 2 Gr. 3 Pf.

Vom 1. bis 3. October 1836
noch 2 Tage à 8 Gr. . . . . — = 16 = — =

102 Thlr. 18 Gr. — Pf.
Darauf erhalten 100 Thlr. — = — =

bleiben 2 Thlr. 18 Gr. — Pf.

H. den 3. December 1836. August Z."

L. zahlte nicht; Z. klagte daher wegen des Rückstandes von 2 Thlrn. 18 Grn. (eigentlich 2 Thlrn. 18 Grn. 3 Pfn.), indem er behauptete, daß der Preis des Düngers auf so hoch, wie er in der Rechnung angegeben, und zwar in Courant mit dem L. verabredet sei, und diesem hierüber den Eid zuschob.

L. verlangte die Abweisung des Klägers. Er bestritt den, von demselben angesetzten Preis, und wollte mit Bezugnahme auf die Allerhöchste Cabinetsorder vom 25. October 1825 die Ansätze der Rechnung von 7 Gr. 3 Pf. und beziehungsweise 8 Gr. nicht von Courant=, sondern von Silbergroschen verstanden wissen. Hierdurch ermäßigte sich der Betrag der Rechnung auf 82 Thlr. 6 Sgr. 6 Pf., so daß Kläger bereits 17 Thlr. 23 Sgr. 6 Pf. zu viel erhalten hatte. Den, vom Kläger über den Preis ihm zugeschobenen Eid nahm Verklagter zwar an, hielt denselben jedoch für unerheblich.

Die Deputation des Land= und Stadtgerichts

zu Halberstadt erkannte indeß am 19. October 1837 auf Ableistung dieses Eides durch den Verklagten; im Schwörungsfalle wurde Kläger abgewiesen, im Nichtschwörungsfalle Verklagter zur Bezahlung von 2 Thlrn. 22 Sgrn. 6 Pfn. verurtheilt.

In dem Erkenntniß ward ausgeführt, daß die Allerhöchste Cabinetsorder vom 25. October 1825 auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finde.

Verklagter erhob die Nichtigkeitsbeschwerde [2]), welche durch das Erkenntniß des Geheimen Ober-Tribunals vom 15. Mai 1838, als ungerechtfertigt verworfen wurde.

G r ü n d e.

Die Allerhöchste Order vom 25. October 1825, welche Verklagter durch die ergangene Entscheidung für verletzt hält, hat den Fall vor Augen, daß in einem Vertrage die Bezeichnung von Groschen ohne nähere Bestimmung der Münzsorte gebraucht ist, mithin Zweifel darüber entsteht, welche Groschen gemeint sind, und deshalb die Auslegung einer, verschiedenen Deutungen unterliegenden Willenserklärung nothwendig wird.

Ist dagegen der Vertrag ausdrücklich auf Groschen nach der frühern Münzeintheilung geschlossen, also ein höherer Werth der Vergütigung als in Silbergroschen bedungen, so findet jene Order nicht Anwendung. Es entscheidet vielmehr alsdann zunächst der Vertrag, durch dessen deutliche Fassung jede weitere Auslegung von selbst

---

2) Die Nichtigkeitsbeschwerde war zulässig, weil Kläger außer der oben gedachten Forderung noch eine andere im Betrage von 90 Thlr. geltend gemacht hatte, und deshalb eine Bagatellsache nicht vorlag; vgl. Rescript vom 15. März 1834. (Jahrbücher Bd. XLIII. S. 133—135.) D. H.

ausgeschlossen wird. Die Allerhöchste Order hat auch offenbar nicht beabsichtigt, feststehende Vertragsrechte aufzuheben, und die Übervortheilung dadurch zu begünstigen, daß einem Contrahenten, der zu einer Zahlung in Groschen nach der ältern Münzeintheilung sich verpflichtet hat, unter dem Schutze jenes Gesetzes gestattet werde, sich dieser Verbindlichkeit zu entziehen, und den andern Theil mit einer geringern Leistung in der neuen Münzsorte abzufinden.

Nur dann, wenn die Contrahenten es ungewiß gelassen haben, welche Groschen in ihrem Vertrage verabredet worden sind, kann die Zahlung in Silbergroschen geleistet werden. Es kommt folglich die gedachte Cabinetsorder namentlich bei schriftlichen Verträgen, die auf Zahlungen „in Groschen" ohne weitern Beisatz lauten, zur Anwendung, weil eine Ermittelung über die Bedeutung der Münzsorte: „Groschen," welche durch die Cabinetsorder bestimmt wird, gesetzlich unzulässig ist. Eben dasselbe muß gelten, wenn bei einem mündlichen Vertrage nach dem Zugeständniß beider Theile oder dem Resultate der Beweisaufnahme nur auf Groschen, ohne nähere Verabredung der Münzsorte, contrahirt worden. Im vorliegenden Falle haben dagegen die Parteien, nach der Behauptung des Klägers, ausdrücklich auf Courantgroschen contrahirt. Die Frage, über welche Groschen sie einig geworden sind, betrifft den Hauptgegenstand der Verabredung; sie muß daher bei entstehendem Streite durch Beweis ermittelt, und die Verbindlichkeit des, zur Zahlung verpflichteten Contrahenten nach dem Resultate der Beweisaufnahme festgestellt werden. Der dem Verklagten angetragene Eid über die, zur Bestimmung des Preises verabredete Münzsorte ist deshalb mit Recht zur Grundlage der Entscheidung gemacht worden.

Der Umstand, daß Kläger dem Verklagten über seine Forderung noch eine besondere Rechnung zugestellt hat, ist auf das Rechtsverhältniß nicht von Einfluß. Denn jene Rechnung schließt sich lediglich dem, unter den Parteien bestehenden Vertrage an, nach dessen Inhalt allein die Rechte und Verbindlichkeiten beider Theile zu beurtheilen sind.

Es muß daher die Nichtigkeitsbeschwerde, wie geschehen, als ungerechtfertigt verworfen werden.

№ 7.

Cession. Forderung. Schuldurkunde. Besitz. Guter Glaube.

I. Zur Gültigkeit der gänzlichen oder theilweisen Cession einer Forderung ist die Übergabe der, über die letztere sprechenden Urkunde nicht nothwendig [1]).

A. L. R. Th. I. Tit. 11. §§. 393. 394., vgl. §§. 395—397.

Hypotheken-Ordnung Tit. 2. §§. 203. 206. 208.

Verordnung vom 9. December 1809 wegen Mortification der, an einen gewissen Inhaber und wegen des öffentlichen Aufgebotes der, an jeden Inhaber ausgestellten Privat-Schuldverschreibungen und Urkunden.

1) Vgl. Entscheidungen des Geheimen Ober-Tribunals Bd. II. № 34. S. 332. u. flgd. und die dort S. 333. Note 1) u. flgd. angeführte Literatur. D. H.

§§. 1. und 2. (Gesetz-Sammlung von 1806—1810. S. 621.) [2]).

II. Wenn jedoch ein Activum, ganz oder theilweise, Mehreren cedirt worden, und diese ihren Titel insgesammt von einem und demselben Autor herleiten, so schließt derjenige, welcher den Besitz der Schuldurkunde im guten Glauben eingeräumt erhalten hat, auch die, durch frühere Cessionen erworbenen Ansprüche der übrigen aus.

A. L. R. Th. I. Tit. 10. §§. 21—23. 25. [3]), vgl. ebend. Tit. 2. §. 7.

Auf dem Hause in der D.-Straße № 106. in B. stehen aus der notariellen Obligation vom 16. November 1830 für den Maurer- und Zimmermeister K. 600 Thlr. eingetragen. K. cedirte dieses Capital nebst sämmtlichen rückständigen Zinsen in der Notariatsurkunde vom 29. October 1835 dem Gutsbesitzer E., konnte demselben jedoch die Obligation nicht aushändigen, weil angeblich der Zimmerpolirer G., dem er solche zum Verkauf übergeben, sie dem Holzhändler P. eigenmächtig als Unterpfand überliefert habe, und dieser sie wegen einer Forderung an ihn, den Cedenten K., retinire. P. erstritt auch wirklich bei dem Stadtgerichte zu S. gegen den K. eine Forderung von 383 Thlrn. 12 Sgrn. 10 Pfn.; brachte demnächst auf das vorerwähnte Activum des K. einen Arrest aus, und erhielt auf dasselbe durch das Attest vom 8. October 1836

---

2) Auch bei Rabe, Samml. Bd. X. S. 217. u. flgd.
D. H.

3) Über den §. 25. a. a. O. vgl. man Bornemann, systematische Darstellung Bd. III. S. 231. Note *). D. H.

eine gerichtliche Überweisung. E., welcher aus diesem Grunde nicht zum Besitze der ihm cedirten Obligation gelangen konnte, erhob nun wider den P. Klage; behauptete, daß seine Rechte aus der Cession durch die spätere Überweisung nicht haben geschmälert werden können, und trug dahin an:

den Verklagten P. zu verurtheilen, sein Eigenthum an dem in Rede stehenden Activum anzuerkennen, und demgemäß den, auf dasselbe für den Verklagten gelegten Arrest aufzuheben.

Durch das Contumazialerkenntniß des hiesigen Stadtgerichts vom 21. März 1837 wurde Verklagter nach dem Antrage des Klägers verurtheilt. Verklagter appellirte und führte an: er habe die in Rede stehende Obligation im Jahre 1834 von dem Schiffseigner R. in C., nicht von dem Zimmerpolirer G., erhalten. Dem R. sei dieselbe von dem G. eingehändigt worden, um sie zu veräußern, und sich aus dem Erlöse wegen einer Forderung von 200 Thlrn. bezahlt zu machen; R. habe aber die Veräußerung nicht bewirken können, da es an der hierzu erforderlichen Cession von Seiten des K. gefehlt. Er, Verklagter, habe sich daher mit dem R. dahin geeinigt, daß er die Obligation in Verwahrsam nehmen und den K. auffordern solle, ihm dieselbe zu cediren, damit er demnächst ihren Verkauf bewirken, aus dem Erlöse seine eigene Forderung an den K. berichtigen und den verbleibenden Überrest an den R. zahlen könne. Auf seine diesfällige Aufforderung an den K. habe dieser unterm 17. Juni 1835 geantwortet, daß der Commissionair F. von ihm mit dem Verkaufe der Obligation beauftragt sei, und aus dem Erlöse seine, des P., Befriedigung erfolgen werde. Er, Verklagter, habe jedoch Bedenken getragen, dem F. die Obligation auszuhändigen; die letztere sei daher in seinen Händen geblieben.

Auch durch eine spätere Correspondenz sei K. nicht zu der gewünschten Cession zu bewegen gewesen, und habe vielmehr nur unterm 15. Juli 1835 geschrieben, daß er in zwei bis drei Wochen nach B. kommen, und seine Sache mit ihm, dem Verklagten, abmachen werde, bis wohin dieser die Obligation in Verwahrung behalten möge. Im Laufe des von ihm, dem Verklagten, gegen den K. angestellten Processes habe der jetzige Kläger E. in einem Briefe vom 19. Februar 1836 dem Verklagten zwar wegen seiner Befriedigung einen Antrag gemacht, und bei dieser Gelegenheit auch von einem Abkommen mit dem K. gesprochen, einer an ihn geschehenen Cession der in Rede stehenden Obligation aber nicht erwähnt. Der Verklagte folgerte aus dieser Darstellung des Sachverhältnisses, daß K. ihm an dem Activum schon früher ein Eigenthumsrecht zugesprochen habe, und verlangte die Abweisung des Klägers.

Der Ober-Appellations-Senat des Kammergerichts bestätigte am 20. Juli 1837 das erste Urtel. Das Gericht nahm an, daß, da K. am 29. October 1835 in seiner Dispositions-Befugniß über die in Rede stehende Forderung nicht beschränkt gewesen, der Kläger durch die, an jenem Tage geschehene Cession derselben das Eigenthum daran erlangt habe.

Verklagter legte die Nichtigkeitsbeschwerde ein; dieselbe wurde indeß durch das Erkenntniß des Geheimen Ober-Tribunals vom 5. Mai 1838 als unbegründet verworfen.

Gründe.

Der Verklagte führt in der Nichtigkeitsbeschwerde aus:

1. Kläger habe bis jetzt an den ihm cedirten 600 Thlrn. weder Eigenthum, noch überhaupt irgend ein dingliches Recht erlangt. Hieraus folge, daß derselbe zur Klage gegen ihn, den Verklagten, mit dem er in keinem Rechtsverhältnisse

stehe, und zu dem Antrage auf Anerkennung seines Eigenthums an den 600 Thlrn. nicht legitimirt sei; Kläger habe vielmehr nur einen persönlichen Anspruch an seinen Cedenten, und diesen möge er verfolgen. Wenn dessen ungeachtet der Appellationsrichter dem Kläger das Eigenthum an dem Activum zugesprochen habe, so werde dadurch der, aus den §§. 395—397. Tit. 11. Th. I. des A. L. R., §§. 203. 206. 208. Tit. 2. der Hypotheken-Ordnung und §§. 1—2. der Verordnung vom 9. December 1809 sich ergebende Rechtsgrundsatz verletzt, daß die bloße Ausstellung der Cession einer hypothekarischen Forderung ohne Übergabe des Hypotheken-Documents kein Eigenthum an der Forderung gewähre.

Diese Ausführung kann nicht für begründet erachtet werden.

Der Verklagte giebt zu, daß der, nach seiner Ansicht verletzte Rechtsgrundsatz mit ausdrücklichen Worten im Gesetze nicht ausgesprochen sei, und sucht deshalb denselben aus dem Sinne und Zusammenhange der Gesetze herzuleiten. Aus den, von ihm angezogenen Vorschriften folgt indeß jener Rechtsgrundsatz nicht.

Die §§. 395—397. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. verordnen:

„Der Schuldner kann nur einem solchen Cessionario mit Sicherheit zahlen, welcher sich durch den Besitz des Instruments, und einer schriftlichen, auf ihn gerichteten Cession zugleich legitimirt."

„Nach geleisteter Zahlung muß er sich das Instrument ausantworten, oder wenn es nur eine Abschlagszahlung war, dieselbe auf dem Instrumente vermerken lassen."

„Hat der Schuldner diese Vorschriften (§§. 395. 396.) vernachlässigt, so kann er sich mit der geleisteten

Zahlung gegen einen dritten redlichen Inhaber der Forderung nicht schützen."

Sie befinden sich, dem Marginal zufolge, allerdings da, wo von der Form der Cession die Rede ist; allein sie belehren nur den Schuldner der cedirten Post über die, bei der Zahlung an den Cessionar zu beobachtende Vorsicht. Hier handelt es sich aber, wie der Kläger richtig entgegnet, nicht darum, ob ihm mit Sicherheit gezahlt werden könne; auch berührt diese Frage nicht den Verklagten, weil er nicht der Schuldner ist, welcher zahlen soll, sondern weil von ihm nur verlangt wird, daß er den Anspruch des Klägers auf das fragliche Activum anerkenne. Der §. 394. a. a. O. bestimmt zwar noch, daß die Cession einer Schuldforderung, worüber briefliche Urkunden vorhanden sind, schriftlich erfolgen muß; es geschieht jedoch der gleichzeitigen Übergabe der Urkunde an den Cessionar keine Erwähnung, vielmehr geht nach der allgemeinen Vorschrift des §. 393. ebend., durch die Erklärung des Cedenten, daß der Andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein soll, und durch die Annahme dieser Erklärung, das Eigenthum des Rechts selbst auf den neuen Inhaber über.

Die, von dem Verklagten in Bezug genommenen Bestimmungen der Hypotheken-Ordnung Tit. 2. §§. 203. 206. und 208. wegen des Verfahrens bei der Cession eingetragener Forderungen, haben, zufolge des §. 209. ebend., nur den Zweck, dem Cessionar Sicherheit zu gewähren, daß der Cedent mit dem Original-Instrumente keine, zu seinem Nachtheile gereichende Disposition vornehmen könne [4]);

---

4) Vgl. Reskript vom 7. Februar 1835, Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher von Gräff ꝛc. ꝛc. Bd. IV. S. 304. 305. D. H.

es ist aber nicht abzusehen, wie daraus der, von dem Verklagten behauptete Rechtssatz folgen soll.

Gleich erfolglos scheint die Bezugnahme auf die §§. 1. und 2. der Verordnung vom 9. December 1809, wegen Mortification der, an einen gewissen Inhaber, und wegen des öffentlichen Aufgebots der, an jeden Inhaber ausgestellten Privat-Schuldverschreibungen und Urkunden, in deren §. 1. nur vorgeschrieben wird,

> daß die, auf einen bestimmten Inhaber lautenden Verschreibungen und Urkunden nur auf eben die Weise verpfändet werden können, wie sie nach Vorschrift des A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 394. bis 417. abgetreten werden müssen,

während der §. 2. von der Bekanntmachung einer solchen Verpfändung an den Aussteller der Urkunde, zum Besten und zur Sicherheit des Pfandgläubigers, handelt.

In keinem von allen angeführten Gesetzen ist daher verordnet, daß bei der Cession einer Forderung aus einer brieflichen Urkunde, die letztere selbst dem Cessionar, bei Strafe der Ungültigkeit der Cession, mit übergeben werden müsse, und dieser ohne die Übergabe der Urkunde das Eigenthum an der ihm abgetretenen Forderung nicht solle erlangen können.

2. Behauptet Verklagter, daß er, abgesehen von dem ersten Nichtigkeitsgrunde, dem Kläger um deswillen vorgehen müsse, weil ihm der Besitz der Schuldverschreibung vom 16. November 1830 nebst dem Hypothekenschein durch das angeheftete Überweisungs-Decret vom 8. October 1836 gerichtlich eingeräumt, auch die überwiesene Forderung selbst bei dem Hypothekenbuche auf seinen Namen umgeschrieben worden sei. Er bezieht sich hierbei auf die Vorschriften des A. L. R. Th. I. Tit. 10. §. 23. und

Tit. 2. §. 7., und behauptet deren Verletzung durch den Appellationsrichter.

Abgesehen davon, daß dieser Nichtigkeitsgrund zum Theil auf einer thatsächlichen Behauptung beruht, die in den früheren Verhandlungen und Schriften nicht vorgekommen ist, und die mithin in der Nichtigkeits-Instanz keine Berücksichtigung verdient, sind auch die, von dem Verklagten angeführten Gesetze nicht geeignet, die behauptete Nichtigkeit des zweiten Urtels zu rechtfertigen.

Der §. 7. Tit. 2. Th. I. des A. L. R. verordnet:
„Rechte werden als bewegliche Sachen betrachtet;"
und der §. 23. Tit. 10. ebend. mit den vorhergehenden §§. 21. und 22., so wie dem folgenden §. 25. bestimmen:

§. 21. „Bei beweglichen Sachen hat unter mehreren, welche auf das Eigenthum aus einem an sich rechtsgültigen Titel Anspruch machen, derjenige, dessen Titel von dem bisherigen wahren Eigenthümer herrührt, der Regel nach, den Vorzug."

§. 22. „Haben die Prätendenten insgesammt ihren Titel von einer und eben derselben Person, so entscheidet, auch bei beweglichen Sachen, der Zeitpunkt der früheren Entstehung dieses Titels (§. 20.)."

§. 23. „Ist aber einem unter diesen mehreren Prätendenten der Besitz der Sache eingeräumt worden, so schließt dieser die Eigenthumsansprüche der übrigen aus, ohne Rücksicht auf die Zeit, wenn dieselben entstanden sind (Tit. 7. §§. 74. 75. 76.)."

§. 25. „Auch der, welcher zur Zeit der Eintragung oder Übergabe den früher entstandenen Titel eines Andern weiß, kann zum Nachtheile desselben die früher erhaltene Eintragung oder Übergabe nicht vorschützen."

Der Collisionsfall zwischen mehreren Prätendenten,

welche auf das Eigenthum einer beweglichen Sache aus einem an sich rechtsgültigen, von einer und derselben Person herrührenden Titel Anspruch machen, wird demnach im §. 23. dahin entschieden, daß derjenige den Vorzug haben soll, welchem der Besitz eingeräumt worden.

Nach diesem Grundsatze würde es nun freilich ohne Einfluß sein, daß die Forderung der 600 Thlr. dem Kläger früher cedirt worden, als die Überweisung an den Verklagten Statt gefunden hat, vielmehr der Umstand, daß dem Letzteren der Besitz des hypothekarischen Documentes eingeräumt ist, zu dessen Vortheil entscheiden.

Der §. 23. a. a. O. kommt jedoch nur unter den Voraussetzungen zur Anwendung, daß erstens beide Prätendenten ihren Anspruch aus einem an sich rechtsgültigen Titel von einem und demselben Autor herleiten (§. 22. ebend.), und zweitens der, den Vorzug in Anspruch nehmende zur Zeit der Übergabe den früher entstandenen Titel des Anderen nicht gekannt habe. (§. 25.).

Die erste Voraussetzung ist zwar als vorhanden anzunehmen. Denn wenn auch nach dem eigenen Vortrage des Verklagten ihm die Obligation von dem ursprünglichen Gläubiger K. nicht übergeben und noch weniger verpfändet worden ist, Verklagter dieselbe vielmehr durch einen Dritten empfangen und K. ihm nur gestattet hat, sie einstweilen in Verwahrung zu nehmen, hierdurch aber kein Titel zur Übertragung des Eigenthums begründet wird: so liegt doch ein solcher unzweifelhaft in der gerichtlichen Verfügung, wodurch dem Verklagten die Forderung im Wege der Execution überwiesen ist, und zwar leitet der Verklagte diesen Titel, ebenso wie der Kläger den seinigen, von dem K. her, da das Gericht die Überweisung nur anstatt des ursprünglichen Gläubigers ausspricht.

Dagegen fehlt es an der zweiten Voraussetzung. Der Verklagte hat nämlich mit seiner, bei dem Stadtgerichte zu S. wider den K. angestellten Klage beglaubigte Abschrift einer Erklärung des K. vom 17. October 1835 selbst überreicht, worin der Letztere bemerkt:

> er sei nicht mehr im Stande, dem P. die gewünschte Cession über 357 Thlr. 17 Sgr, 11 Pf. auszustellen, da er bereits dem Gutsbesitzer E. diese Cession zugesichert habe.

Diese Erklärung bezieht sich ohne Zweifel auf die Cession der in Rede stehenden Obligation über 600 Thlr., welche hiernächst auch einige Tage später wirklich an den E. erfolgt ist. Der Verklagte war mithin davon unterrichtet, daß K. über die Obligation zu Gunsten des Klägers anderweitig verfügt hatte. Wenn er dessenungeachtet die Forderung im Wege der Execution sich überweisen ließ, so befand er sich bei dem hierauf gerichteten Antrage und somit auch zu der Zeit, wo ihm der Besitz des Hypotheken-Documentes mit dem Überweisungsdecrete eingeräumt wurde, nicht in gutem Glauben. Die Anwendung des §. 23. a. a. O. auf den vorliegenden Fall wird daher durch die Vorschrift des §. 25. ebend. ausgeschlossen [5]).

Hiernach mußte die Beschwerde verworfen werden.

---

5) Die Entscheidungsgründe, welche sich auf zwei unerhebliche, die erläuterten Rechtssätze nicht berührende Nichtigkeitsgründe beziehen, sind fortgelassen worden.

D. H.

№ 8.

Testament. Dorfgericht. Schöppen. Vertretung. Regreß.

I. Ein Dorfgericht ist zur Aufnahme eines Testaments hinreichend besetzt, wenn dasselbe, außer dem Gerichtsschreiber, von dem Schulzen und zweien vereideten Schöppen gebildet wird, obgleich bei dem Dorfgerichte noch mehrere Schöppen vorhanden sind [1]).

A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 93.; Th. II. Tit. 7. §. 79.

II. Die Vertretungsverbindlichkeit der Mitglieder eines Dorfgerichts, welche bei Aufnahme eines Testaments die gesetzlichen Förmlichkeiten verabsäumen, beschränkt sich auf den Fall, wenn sie unterlassen, das aufgenommene Testament dem Gerichtshalter ohne Zeitverlust einzuhändigen [2]).

A. L. R. Th. I. Tit. 12. §§. 93. 95. 140.; Th. II.

---

1) Vgl. die Rescripte der Ober-Amtsregierung zu Breslau vom 22. Februar 1805 und des K. Justizministeriums vom 27. März 1805 № 4. (Neues Archiv Bd. IV. S. 2. u. flgd. und Rabe, Samml. Bd. VIII. S. 264. u. flgd.), so wie das Rescript des Kammergerichts vom 29. April 1805 (Mathis, juristische Monatsschrift Bd. I. S. 149.). D. H.

2) Vgl. über Dorfgerichte; juristische Zeitung Jahrgang 1834. S. 442. u. flgd., besonders S. 443. unten, 444. 445. D. H.

Th. II. Tit. 7. §§. 83. 84.; vgl. ebend. §. 82. und A. G. O. Th. II. Tit. 2. §. 8. A. L. R. Th. II. Tit. 10. §§. 88. 89.

Die Ehefrau des Ackermanns Schulze zu Klietz bei Sandau, Wilhelmine Sophie Elisabeth geborne Schmidt, welche schwer erkrankt war, wünschte ihren letzten Willen zu errichten. Zu dem Ende beschied ihr Ehemann am 16. März 1830 die Dorfgerichte und den Ortsprediger B. an ihr Krankenbett. Der Letztere vertrat die Stelle des Gerichtsschreibers, und nahm eine Verhandlung auf, datirt Klietz, den 16. März 1830, worin es wörtlich heißt:

„Wir gingen Nachmittags halb drei Uhr zu ihr," — der Ehefrau des ꝛc. Schulze — „fanden sie zwar im Bette, doch aber bei völligem Verstand und Überlegung. Sie erklärte sich dahin: ich habe an 800 Thlr. meinem Ehemanne zugebracht, und setze hiermit fest und bestimme, daß er von diesem meinen Eingebrachten nur 200 Thlr. und noch 30 Thlr. zu einem Bette, in Summa also 230 Thlr., an meinen jüngsten Bruder Christian Schmidt herausgeben soll; das übrige Capital, was ich meinem Ehemann zugebracht habe, also 570 Thlr., soll mein Ehemann Andreas Schulze behalten, welches ich ihm hiermit vermache, nebst Ehebette ꝛc. ꝛc."

Abgeschlossen ist die Verhandlung mit den Worten:

„vorgelesen, genehmigt und unterschrieben;"

statt der Unterschrift der Erblasserin finden sich aber drei Kreuze, bei welchen der Prediger B. bemerkt hat:

„Handzeichen der Wilhelmine Sophie Elisabeth geb. Schmidten."

Hierauf folgen die Unterschriften des Predigers B. und des Schulzen Baack, sodann, statt der Unterschrift des mit anwesenden Schöppen Gennrich, von der Hand des Predigers B. die Bemerkung:

„der Schöppe Christian Friedrich Gennrich, der zugegen war, wollte nicht unterschreiben,"

und endlich die Unterschriften des Schöppen Heitzwebel, so wie der Schöppen Wischer und Ebel. Die beiden Letzteren waren jedoch bei der Testamentsaufnahme selbst nicht gegenwärtig, sondern hatten ihre Unterschriften später beigefügt, ohne daß sich hierüber in der Verhandlung ein Vermerk vorfindet.

Der Schulze Baack nahm das Testament der verehelichten Schulze an sich, übergab es dem Ehemanne derselben, und dieser überbrachte es am andern Morgen, den 17. März 1830, halb sieben Uhr dem Land- und Stadtgericht in Sandau. Der Richter begab sich sofort nach Klietz, um die, von der verehelichten Schulze vor den Dorfgerichten getroffene letztwillige Bestimmung von ihr anerkennen zu lassen; allein als derselbe Morgens um neun Uhr in Klietz anlangte, war die verehelichte Schulze inzwischen bereits um fünf Uhr verschieden.

Ihre drei Brüder, welche, außer dem Wittwer, die nächsten gesetzlichen Erben waren, griffen das errichtete Testament als nichtig an, und in dem deshalb gegen den Wittwer erhobenen Processe ward dasselbe wirklich, und zwar hauptsächlich um deswillen, rechtskräftig für nichtig erklärt, weil zur Attestirung der Handzeichen der verehelichten Schulze nicht zwei Zeugen zugezogen, und die letztwillige Verordnung nicht von den Dorfgerichten selbst dem Gerichtshalter überbracht worden.

Der Wittwer besaß ein größeres Vermögen, als seine

verstorbene Ehefrau; er hätte daher, falls er dieselbe auf Grund des, an seinem Wohnorte[3]) unter Eheleuten bestehenden Märkischen Erbfolgerechtes beerben wollte, sein eigenes Vermögen in die zu theilende Masse einwerfen müssen. Um dies zu vermeiden, entsagte er der Erbschaft seiner Ehefrau, und war deshalb verpflichtet, dieselbe ihren Verwandten zu überlassen. Dagegen stellte er wider die sämmtlichen Mitglieder des Dorfgerichts in Klietz, namentlich gegen den Schulzen Baack, so wie die Schöppen Gennrich, Heitzwebel, Wischer und Ebel, eine Regreßklage an. Er behauptete, daß lediglich durch die ihrerseits unterlassene Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften bei Aufnahme des Testaments die Ungültigkeit desselben, und somit der Verlust der ihm darin zugedachten 570 Thlr. herbeigeführt worden sei. Seinen Antrag richtete er dahin:

die Verklagten für schuldig zu erkennen, ihn gegen die Intestat-Erben seiner verstorbenen Frau wegen Zahlung der vorerwähnten 570 Thlr. außer Verbindlichkeit zu setzen, eventuell ihm diese 570 Thlr., sobald solche von ihm den gedachten Erben gezahlt sein würden, sofort zu erstatten.

Die Verklagten widersprachen dem Antrage des Klägers, indem sie unter andern folgende Einwendungen[4]) geltend machten:

---

3) Klietz gehört zum zweiten Jerichowschen Kreise; in den beiden Jerichowschen Kreisen und dem Kreise Ziesar aber gilt das kurmärkische Provincialrecht; vgl. Scholtz, das jetzt bestehende Provincialrecht der Kurmark Brandenburg. Abth. II. Th. I. S. 75. 76. und von Kamptz, die statutarischen und Provincialrechte der Preuß. Monarchie. Bd. I. S. 59. D. H.

4) Die übrigen Einreden haben auf die zu erläuternden Rechtssätze keinen Bezug, und sind daher nicht erwähnt. D. H.

1. Es sei, behaupteten sämmtliche Verklagte, zwar richtig, daß von ihnen selbst das Testament dem Gerichte nicht übergeben worden; dies habe indeß seinen Grund darin, daß der Prediger B., nachdem das Testament von den, bei dessen Aufnahme Anwesenden, namentlich dem B. selbst, dem Schulzen Baack und dem Schöppen Heitzwebel, durch Unterschrift vollzogen worden, zu dem Schulzen Baack geäußert habe:

„Nehme Er das Testament, und lasse Er die andern Schöppen unterschreiben, und schicke Er dann das Testament mit Andreas Schulze — dem Kläger — nach Sandau; dann ist die Sache gut.“

Demzufolge habe der Schulze Baack die andern Schöppen nachträglich unterschreiben lassen und das Testament dem Kläger zur Überbringung nach Sandau eingehändigt. Sei dies unstatthaft gewesen, so habe Kläger die Annahme des Testaments verweigern sollen, und da er dies nicht gethan, die Ungültigkeit des letzten Willens selbst mit verschuldet.

2. Der verklagte Schöppe Gennrich machte insbesondere für sich geltend, daß er das Testament nicht mit unterschrieben habe, weil er dafür gehalten, daß die Erblasserin sich nicht mehr bei völligem Verstande befunden.

3. Die verklagten Schöppen Wischer und Ebel endlich beriefen sich darauf, daß sie bei der Testamentsaufnahme gar nicht zugegen gewesen seien, vielmehr den letzten Willen erst nachher in der Wohnung des Schulzen unterzeichnet, mithin bei der Handlung selbst nichts versehen hätten.

Das Land- und Stadtgericht zu Sandau erkannte am 6. October 1834 auf Abweisung des Klägers.

Kläger appellirte; der zweite Senat des Oberlandesgerichts zu Magdeburg änderte auch am 22. Juli 1836 das erste Urtel in Betreff des Schulzen

Baack, so wie der Schöppen Gennrich und Heitzwebel dahin, daß diese Verklagte für schuldig erklärt wurden, den, dem Kläger durch die Nichtigkeits-Erklärung des Testaments seiner verstorbenen Ehefrau verursachten und in einem besondern Verfahren zu ermittelnden Schaden zu ersetzen; hinsichtlich der beiden andern Verklagten, der Schöppen Wischer und Ebel, ward das erste Erkenntniß bestätigt.

In den

Gründen

ward in Bezug auf die, oben speciell angegebenen Einwendungen ausgeführt:

Auf keinen Fall kann der Kläger die Schöppen Wischer und Ebel mit in Anspruch nehmen. Diese sind bei Aufnahme des Testaments gar nicht zugegen gewesen, sondern haben dasselbe nur nachträglich in der Wohnung des Schulzen Baack unterschrieben. Sie waren hiernach außer Stande, für die gesetzliche Aufnahme des Testaments zu sorgen, und können deshalb auch für die dabei vorgefallenen Versehen nicht verantwortlich sein. Daß sie übrigens das Testament später mit unterzeichnet haben, kann einen Regreßanspruch gegen sie nicht begründen. Denn wenn sie auch durch die nachträgliche Unterschrift amtlich etwas Unrichtiges bezeugt haben, und deshalb eine Rüge verdienen mögen: so sind sie in der hier in Betracht kommenden Beziehung nur wie jeder Dritte zu betrachten, der das Testament nach dessen Aufnahme unterschrieben hätte; so wenig hierdurch gegen diesen Dritten Verbindlichkeiten entstehen würden, ebenso wenig ist dies hinsichts der beiden gedachten Verklagten der Fall.

Es entsteht nun zwar das Bedenken, ob nicht Kläger auch gegen die übrigen Verklagten deshalb abgewie-

sen werden müsse, weil nicht sämmtliche Schöppen bei der Aufnahme des Testaments zugegen waren, und das letztere daher schon aus diesem Grunde ungültig sei; die anwesenden Mitglieder des Dorfgerichtes es aber nicht zu vertreten haben, daß die übrigen nicht einheimisch gewesen sind. Das A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 93. erfordert indeß zu einem gehörig besetzten Dorfgerichte nur einen Schulzen und zwei vereidete Schöppen. Wenn es daher auch im §. 79. Tit. 7. Th. II. a. a. O. im Allgemeinen heißt:

„Schulze und Schöppen machen zusammen die Dorfgerichte aus,"

so muß man doch annehmen, daß zur Aufnahme eines Testaments, außer dem Schulzen, zwei Schöppen genügen. Darauf, daß nicht sämmtliche Schöppen bei Aufnahme einer letztwilligen Verordnung zugegen gewesen sind, kann mithin nichts ankommen. —

Die Verklagten hatten nun die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß der letzte Wille der Erblasserin, den gesetzlichen Vorschriften und Formen gemäß, aufgenommen und den ordentlichen Gerichten ohne Zeitverlust von ihnen übergeben werde. Gegen diese Verpflichtung fehlten sie jedoch, indem sie einmal die Handzeichen der Erblasserin nicht durch zwei glaubwürdige Zeugen attestiren ließen, und zweitens das Testament nicht ungesäumt selbst dem ordentlichen Gerichte überbrachten; ohne Beobachtung dieser Förmlichkeiten, deren Nichtkenntniß den Verklagten nicht zur Entschuldigung gereicht — Einleitung zum A. L. R. §. 12. — konnte aber das Testament niemals Gültigkeit erlangen; ebend. Th. I. Tit. 12. §§. 115. 95. 139.

Jeder Beamte ist verbunden, auf die pflichtmäßige Führung seines Amtes die genaueste Aufmerksamkeit zu verwenden, a. a. O. Th. II. Tit. 10. §. 88., und muß

jedes dabei begangene Versehen, welches bei gehöriger Aufmerksamkeit und nach den Kenntnissen, die bei der Verwaltung des Amtes erfordert werden, hätte vermieden werden können, vertreten, ebend. §. 89. Insbesondere soll der Richter, welcher sich bei Aufnahme eines Testamentes eines groben oder mäßigen Versehens schuldig gemacht hat, denjenigen, welchen in dem Testamente ein Erbtheil oder Legat zugedacht war, wegen des, durch seine Schuld entstehenden Verlustes gerecht werden; a. a. O. Th. I. Tit. 12. §. 140. Diese Vorschriften finden unbedenklich auf die Dorfgerichte Anwendung. Hätten die Verklagten nur einen gewöhnlichen Grad von Aufmerksamkeit angewandt, so würden diejenigen Mängel, welche das Testament ungültig machen, von ihnen vermieden worden sein. Sie haben sich daher jedenfalls eines mäßigen Versehens schuldig gemacht, und sind deshalb dem Kläger zur Entschädigung verbunden; a. a. O. Th. I. Tit. 3. §§. 20. 21.

Zweifelhaft möchte es inzwischen auf den ersten Blick noch scheinen, ob auch der Schöppe Gennrich, welcher das Testament zu unterschreiben sich geweigert hat, ebenfalls regreßpflichtig sei. Als Weigerungsgrund giebt der Gennrich jetzt an, daß er die Erblasserin nicht mehr für dispositionsfähig gehalten habe. Schien ihm indeß die Erblasserin damals nicht willensfähig, so mußte er die übrigen Mitglieder des Dorfgerichts, unter Angabe der, von ihm wahrgenommenen Thatumstände, darauf aufmerksam machen, damit zuvor die Dispositionsfähigkeit der Erblasserin näher geprüft und festgestellt werden konnte. Er hat indeß nicht einmal behauptet, geschweige erwiesen, daß er seine Bedenken den übrigen Gerichtsmitgliedern eröffnet habe. Die bloße Verweigerung der Namensunterschrift kann ihn daher von der Regreßpflichtigkeit nicht befreien.

Nunmehr legten die Verklagten Baack, Gennrich und Heitzwebel die Revision ein. Das Geheime Ober-Tribunal stellte am 13. März 1838 das erste Erkenntniß wieder her.

Gründe.

Der zweite Richter hat auszuführen gesucht, daß die Mitglieder eines Dorfgerichts, da sie bei der Aufnahme eines Testaments das richterliche Amt ausüben, auch den, von dieser Function unzertrennlichen Pflichten, so wie überhaupt den allgemeinen Gesetzen über die Vertretungsverbindlichkeit der Beamten für die, von ihnen bewirkten Amtsverrichtungen (A. L. R. Th. II. Tit. 10. §§. 88. 89.) ebenfalls unterworfen, insbesondere aber, wenn sie bei Aufnahme eines Testaments die gesetzlichen Förmlichkeiten verabsäumen, und dadurch die Nichtigkeit des letzten Willens verursachen, nach demselben Grundsatze, welcher in Ansehung der richterlichen Justizbeamten im §. 140. Tit. 12. Th. I. a. a. O. vorgeschrieben ist, wegen der, von ihnen begangenen Versehen den Betheiligten zum Schadensersatze verhaftet seien.

Allein in dieser Allgemeinheit ist die Verantwortlichkeit der Dorfgerichte in den Gesetzen nicht angeordnet. Dieselbe ist vielmehr auf den, im §. 83. Tit. 7. Th. II. a. a. O. ausdrücklich bestimmten Fall beschränkt[5]), wenn

5) Vgl. §. 82. a. a. O. mit Bornemann, system. Darstellung des Preuß. Civilrechts. Bd. VI. S. 60., woselbst es heißt:
„Man hat aber auch anerkannt, daß die Übertragung der richterlichen Functionen an die Dorfgerichte, die *in casu* nicht blos einen Act zu beglaubigen, sondern auch den Geisteszustand des Testators zu prüfen, die abgegebene Erklärung deutlich zu fassen, und verschiedenes Andere zu beachten haben, nicht ohne Bedenklichkeiten sei."
D. H.

die Dorfgerichte unterlassen, die aufgenommene Verhandlung zur Beurtheilung ihrer Gesetzmäßigkeit oder näheren Berichtigung dem ordentlichen Gerichtshalter ohne Zeitverlust vorzulegen, vgl. §. 84. ebend.; weil anzunehmen ist, daß die Mitglieder eines Dorfgerichts die, zur vorschriftsmäßigen Vollendung solcher gerichtlichen Handlungen erforderliche Fähigkeit und wissenschaftliche Ausbildung nicht besitzen.

Hieraus folgt, daß die Verklagten nicht wegen aller Formmängel, die an dem letzten Willen der verehelichten Schulze wahrgenommen werden, und wegen deren die Ungültigkeit desselben rechtskräftig ausgesprochen ist, sondern nur dafür verantwortlich sind, daß sie die Vorschrift des §. 95. Tit. 12. Th. I. a. a. O., wegen ungesäumter Aushändigung des Testaments an den Gerichtshalter, unbefolgt gelassen haben[6]).

Aber auch die Wirkung dieser Verantwortlichkeit wird im vorliegenden Falle durch die Rücksicht auf einen, von den Verklagten nicht verschuldeten, die Gültigkeit des Testaments schon in dessen Entstehen zerstörenden Mangel aufgehoben.

Denn es kann zwar die Vertretungsverbindlichkeit der Verklagten nicht aufheben, daß von den vier Schöppen

---

6) Die unterlassene Beobachtung der §. 95. Tit. 12. Th. I. des A. L. R. enthaltenen Vorschrift bewirkt die Nichtigkeit der letztwilligen Verordnung; Rechtsfall in Mathis juristischer Monatsschrift Bd. I. S. 147. Derselben Ansicht ist Crelinger, System des Preuß. Erbrechts S. 68. Litr. a. — Bielitz, Commentar zum A. L. R. Th. III. S. 47. (zu §. 97. Tit. 12. Th. I.) und Th. VI. S. 80. (zu §§. 83. 84. Tit. 7. Th. II.) vertheidigt die entgegengesetzte Meinung, der wir indeß nicht beitreten können.

D. H.

zwei bei der Errichtung des Testamentes nicht zugegen waren, weil, wie von dem vorigen Richter mit Recht bemerkt wird, zur Bildung des Dorfgerichts Behufs der Testamentsaufnahme nicht nothwendig das ganze, in Klietz angestellte Personal von einem Schulzen und vier Schöppen gehörte, vielmehr der §. 93. a. a. O. ausdrücklich nur ein Dorfgericht, bestehend aus einem Schulzen und zwei Schöppen, erfordert, die Mitwirkung dieses Personals also für hinreichend erklärt, und deshalb die Abwesenheit der beiden Schöppen Wischer und Ebel der Gültigkeit des letzten Willens nicht geschadet hat.

Dagegen muß der Einwand der Verklagten für erheblich erachtet werden, daß das Testament der verehelichten Schulze an sich schon um deswillen nichtig gewesen sei, weil die dasselbe enthaltende Verhandlung auch von denjenigen beiden Schöppen, welche dabei mitgewirkt haben, nicht gehörig vollzogen worden, vielmehr der Schöppe Gennrich dem Protocoll die Unterschrift verweigert hat.

Die Unterschrift des Gerichtspersonals in derjenigen vollständigen Anzahl der Mitglieder, welche das Gesetz zu der Handlung erfordert, ist, wie überhaupt, so auch insonderheit bei der Aufnahme eines Testaments, wesentlich und unerläßlich; A. G. O. Th. II. Tit. 2. §. 45. Sie gehört zu den Erfordernissen einer gerichtlichen Verhandlung, die ohne solche gar nicht existirt.

Da nun die Schöppen Wischer und Ebel bei der Testamentshandlung nicht persönlich zugegen gewesen sind, und ihre Unterschriften erst, nachdem der Act schon vorbei war, in der Wohnung des Schulzen Baack — also außerhalb der Zeit und des Orts — hinzugefügt haben, so ist die Unvollständigkeit der Unterschrift und der dadurch begründete Mangel der äußern Form des Protocolls, mit-

hin die hieraus entstehende Hinfälligkeit des Testaments, keinem Zweifel unterworfen.

Für diesen Mangel kann aber keinem der Verklagten die Verantwortung aufgebürdet werden; dem Schulzen Baack und Schöppen Heitzwebel nicht, weil sie, die ihrerseits beide unterzeichneten, keine Mittel besaßen, den die Unterschrift verweigernden Schöppen Gennrich zu deren Hinzufügung zu zwingen, auch die Gesetze keine Auskunft an die Hand geben, wie ein Widerspruch der Art zu beseitigen sei; dem Gennrich nicht, weil es jetzt nicht mehr an der Zeit ist, den Grund seiner Weigerung, der im Protocoll nicht verlautbart worden, zu untersuchen, und es daher zweifelhaft bleibt, ob solcher blos in Eigensinn und Parteilichkeit des Gennrich für die Intestaterben der Erblasserin, oder, wie er jetzt behauptet, in einem Zweifel über die Dispositionsfähigkeit der Letzteren beruhete. Lag der angegebene Grund wirklich der Handlungsweise des Gennrich zum Grunde, so hat derselbe zwar darin gefehlt, daß er die Unterschrift versagte, statt sie vielmehr mit Eröffnung seiner Zweifel, Behufs deren Erledigung, hinzuzufügen; allein seine Überzeugung durfte er der Meinung der übrigen nicht aufopfern; dies verlangt das Gesetz nicht. In dem einen wie in dem andern Falle wurde indeß der Testamentsact zerstört; es kam ein Testament gar nicht zu Stande, und dieser Umstand allein ist es, der die Entbindung der Verklagten von der Klage zur Folge haben muß. Es hätte nach der fehlgeschlagenen Verhandlung zwar eine neue begonnen, und allenfalls ein anderes Mitglied des Dorfgerichts herbeigerufen werden können, um die gesetzlich erforderliche Anzahl zu beschaffen. Die Verklagten sind aber deswegen, weil sie eine solche anderweitige Verhandlung unterlassen haben, hier nicht in

Anspruch genommen, sondern es ist nur von der Vertretung desjenigen Acts die Rede, der von ihnen wirklich vollbracht worden.

Der zweite Richter hat den Mangel der Unterschrift des Gennrich noch in einer andern Beziehung in Erwägung genommen. Er wirft nämlich die Frage auf:

ob der Gennrich, da er nicht unterschrieben habe, nicht hierdurch der Regreßpflicht überhoben werde?

und verneint dieselbe, weil es Pflicht des Gennrich gewesen sei, seine Bedenken über die Dispositionsfähigkeit der Erblasserin den andern Dorfgerichtspersonen mitzutheilen, und auf nähere Ermittelung anzutragen. Allein bei dieser Erörterung des vorigen Richters ist nicht berücksichtigt, daß wegen der mangelnden Unterschrift des Gennrich das Testament an einem Gebrechen der äußeren Solennität leidet, welches die Existenz des letzten Willens selbst aufhebt.

Wenn hiernach das Testament der verehelichten Schulze von Hause aus nichtig war, so konnte auch eine völlig vorschriftsmäßige Ablieferung desselben an den Richter, wenn solche wirklich Seitens der Verklagten erfolgt wäre, eine Heilung der vorwaltenden Mängel nicht herbeiführen. Es ist daher dasjenige, worin noch weiter gefehlt wurde, von keiner Wichtigkeit, und nicht geeignet, den Verklagten die ferneren Mängel eines, aus unverschuldeten Gründen schon nichtigen Testaments anzurechnen. In Erwägung dieses Grundes mußte auf Befreiung sämmtlicher drei Verklagten von der Klage erkannt und unter Abänderung des zweiten Urtels das erste, den Kläger abweisende Erkenntniß wieder hergestellt werden.

№ 9.

Creditiren. Militairperson. Portepeefähnrich. Speisewirth. Nützliche Verwendung. Vater. Kind in väterlicher Gewalt.

I. Soweit Militairpersonen ohne Consens ihrer Vorgesetzten keine Darlehne aufnehmen können [1]), dürfen ihnen auch Forderungen der Speisewirthe mit rechtlicher Wirkung nicht creditirt werden.

A. L. R. Th. I. Tit. 11. §§. 861—864.

II. Portepeefähnriche sind in Rücksicht der Fähigkeit, Darlehne aufzunehmen, den Unterofficieren gleich zu achten [2]).

---

1) Vgl. Entscheidungen des K. Geheimen Ober-Tribunals Bd. II. S. 360. u. flgd. Note 1). № I. und IV.

D. H.

2) Grävell, Commentar zu den Creditgesetzen Bd. III. S. 74, §. 219. sagt:

„Junker und Portepeefähnriche sind in Rücksicht der Fähigkeit, Darlehne aufzunehmen, den Subaltern-Officiers durchgehends gleich zu achten;“

und in der Note **) zu dem angeführten §.:

„Im A. L. R. steht zwar: „Adliche Fahnenjunker, welches aber auf die jetzige Verfassung der Armee nicht mehr paßt.“

Bielitz, Commentar zum A. L. R. Bd. II. S. 631. (zu §. 697. Tit. 11. Th. I.) bemerkt in Übereinstimmung hiermit:

„Da nach dem Reglement vom 6. August 1808 bloß die gehörigen Kenntnisse einen Anspruch auf Officierstellen geben, und also auch Nichtadliche Fahnen- und Standartjunker werden können: so ist das Beiwort „„adelich““ in dem gegenwärtigen §. heutzutage überflüssig.“

A. L. R. a. a. O. §. 697.; vgl. ebend. §. 700.

III. Darlehnsforderungen, welche gegen eine Militairperson selbst, auf den Grund nützlicher Verwendung, nicht geltend gemacht werden können, geben aus diesem Fundament auch gegen den Vater des Schuldners kein Klagerecht. Das Nämliche gilt von Forderungen für creditirte Sachen [3]).

Diese Bemerkung ist jedoch schon um deswillen unrichtig, weil die adlichen Fahnen- und Standartenjunker, von denen der §. 697. spricht, nicht mehr existiren, und die Portepeefähnriche nach der jetzigen Verfassung der Armee den Unterofficieren zugerechnet werden. Man vgl., außer dem im Text angeführten Militairrecht von Rudloff, Einleitung §. 13., das Schreiben des Königl. Kriegsministeriums an des Herrn Justizministers Excellenz vom 25. November 1838. (Hinschius, juristische Wochenschrift. Jahrgang 1839. S. 128.), worin es heißt:

„Ew. Excellenz beehre ich mich, zu erwiedern, daß Fähnriche, welchen alle Rechte und Pflichten des Officierstandes beigelegt sind, worauf der §. 165. des Anh. zur Allgem. Gerichtsordnung Bezug nimmt, in der Preußischen Armee gegenwärtig nicht mehr existiren. Die in der Armee jetzt angestellten Portepeefähnriche gehören in ihren Rechtsverhältnissen zu der Classe der Unterofficiere, welches in der Cabinetsorder vom 19. Juli 1809, betreffend den Militairgerichtsstand unter № 5.*) besonders angedeutet, auch schon daraus zu entnehmen ist, daß über dieselben standrechtlich und auf Degradation erkannt werden kann. Das Einkommen derselben ist geringer, als das Einkommen des Feldwebels."

S. auch Bornemann, systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts. Bd. III. S. 277. und Note **). D. H.

*) Rabe, Samml. Bd. X. S. 122. Vgl. den, aus der angezogenen Allerhöchsten Order entnommenen §. 13. des Anh. zur allgem. Gerichtsordnung.

3) Auch Bornemann, a. a. O. Bd. V. S. 310. äußert sich dahin:

A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 708., Tit. 13. §. 262., Th. II. Tit. 2. §§. 127. 129.; vgl. ebend. Th. I. Tit. 14. §. 254.

Der Sohn des Majors N. N. war als Portepeefähnrich zur Divisionsschule in Königsberg commandirt, und hier dem Speisewirth X. in einem Zeitraum von sechs Monaten für verabreichtes Frühstück, Mittag- und Abendbrod 27 Thlr. 15 Sgr. schuldig geworden. X. klagte diese Forderung gegen den Major N. N. ein, weil dieselbe durch Verabreichung der nothwendigsten Lebensbedürfnisse entstanden sei. Der Verklagte hielt die Schuld für ungültig, nicht blos, weil sein Sohn noch minorenn sei, und unter väterlicher Gewalt stehe, sondern auch, weil demselben als Portepeefähnrich ohne schriftlichen Consens seines Vorgesetzten nicht mit rechtlicher Wirkung habe Credit gegeben werden können. Die Vorschrift des A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 708. erachtete der Verklagte auf den vorliegenden Fall nicht für anwendbar, weil er seinem Sohne monatlich eine Zulage von 7 Thlrn. gezahlt, der Letztere daher die Forderung des Klägers nicht ohne seine Schuld unberichtigt gelassen habe.

Der Commissarius für Bagatellsachen des Oberlandesgerichts zu Insterburg verurtheilte am 15. Juli 1837 den Verklagten auf Grund des §. 129. Tit. 2. Th. II. des A. L. R. zur Zahlung der eingeklagten Summe.

„Im zweiten Falle," — wenn nämlich der in väterlicher Gewalt stehende Sohn ausdrücklich oder stillschweigend in eigenem Namen handelt — „haften der Vater und großjährige Sohn für die, von dem Letzteren contrahirten Schulden, insofern dieselben überhaupt gültig sind, in solidum."

Verklagter appellirte, und die Deputation des gedachten Oberlandesgerichts für die summarischen Processe zweiter Instanz erkannte am 11. December 1837 auf Abweisung des Klägers.

Der Appellationsrichter hielt den angeführten §. 129. im vorliegenden Falle nicht für entscheidend, weil derselbe, als allgemeines Gesetz, durch die, in den §§. 678. u. flgd. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. wegen der Darlehne der Militairpersonen gegebenen besonderen Bestimmungen, denen der §. 862. ebend. wegen des Creditgebens sich anreihe, ausgeschlossen werde. Der §. 708. a. a. O. komme dem Kläger nicht zu statten, weil der Sohn des Verklagten Sold bezogen habe, und aus diesem die nöthigen Ausgaben zu seinem Lebensunterhalte zu bestreiten im Stande gewesen sei, es mithin darauf, ob derselbe noch nebenher von dem Vater eine monatliche Zulage erhalten, nicht einmal ankomme.

Kläger legte nunmehr die Nichtigkeitsbeschwerde ein. Er behauptete, daß die §§. 678. u. flgd. und 862. a. a. O. auf einen Fall angewendet worden, für den sie nicht gegeben seien, indem es sich hier nicht um ein Darlehn oder um Entnehmung von Sachen auf Credit, sondern um Verabreichung des nothdürftigen Lebensunterhalts handele. Die zur Anwendung kommenden gesetzlichen Vorschriften seien vielmehr die §§. 127. und 129. Tit. 2. Th. II. und §. 262. Tit. 13. Th. I. des A. L. R.; wenn dem Sohne des Verklagten nichts zu essen verabreicht worden, hätte derselbe weder sein Leben erhalten, noch seinen Pflichten als Soldat genügen können.

Das Geheime Ober-Tribunal wies indeß die erhobene Beschwerde am 21. Juli 1838 als unbegründet zurück.

Gründe.

Gründe.

Der §. 862. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. verordnet:

„So weit jemand unfähig ist, eigentliche Darlehne aufzunehmen, so weit dürfen ihm auch nicht Sachen auf Credit gegeben werden."

Es frägt sich, ob diese Vorschrift auf die creditirte Bezahlung für Speisen bezogen werden kann? Dies muß bejahet werden. Durch das, bei dem §. 861. a. a. O. befindliche Allegat der §§. 224—227. darf man sich nicht zu der Annahme verleiten lassen, als sei in den §§. 861. und flgd. nur von dem, in dem Allegat bezeichneten Falle die Rede, wenn bei einem Kaufe baare Zahlung bei der Übergabe vorbedungen und nicht geleistet, die Klage aber nicht binnen acht Tagen nach der Übergabe angestellt ist. Das Gegentheil beweisen die, den §§. 861. und 862. unmittelbar sich anschließenden Bestimmungen der §§. 863. und flgd. über creditirtes Lohn ꝛc. Vielmehr handeln die §§. 861—868., wie schon das Marginale ergiebt, vom Creditiren im Allgemeinen, wohin denn allerdings auch der in dem Allegat gedachte Fall, keinesweges aber dieser allein, gehört. Die §§. 863. und 864. schreiben nun zwar vor:

„Creditirtes Lohn für wirklich gelieferte Arbeit, oder geleistete Dienste, sind auch solche Personen (Darlehnsunfähige) zu entrichten verbunden."

„Ein Gleiches gilt wegen der, bei solchen Gelegenheiten von dem Arbeiter gemachten baaren Auslagen, insofern die Sachen zum eigenen Gebrauche des Schuldners erforderlich waren."

Diese Ausnahmen von der Regel des §. 862. finden aber auf den vorliegenden Fall keine Anwendung. Denn auf Credit verabreichte Speisen sind weder gelieferte Arbeiten, noch geleistete Dienste. Könnte in dieser Beziehung

ein Zweifel obwalten, so würde derselbe jedenfalls durch die, den landrechtlichen Bestimmungen zum Grunde liegende Entscheidung der Gesetz-Commission vom 8. Juli 1788 (Klein, Annalen Bd. III. S. 267.[4]) gehoben werden, welche dahin geht:

„daß die Edicte wegen des verbotenen Schuldenmachens der Officiere zwar auf creditirte Waaren, es mögen Consumtibilien oder Kleidungsstücke oder andere Sachen sein, nicht aber auf Handwerks- und Arbeitslohn für Schneider, Fahnenschmiede und dergleichen anzuwenden."

Kann hiernach die Bezahlung für Speisen den Militairpersonen, welche zur Contrahirung von Darlehnen des Consenses ihrer Vorgesetzten bedürfen, ohne einen solchen mit rechtlicher Wirkung nicht creditirt werden: so ist ferner zu untersuchen: ob nicht dessen ungeachtet die, gegen den Vater des eigentlichen Schuldners angestellte Klage nach §. 262. Tit. 13. Th. I. und §§. 127. und 129. Tit. 2. Th. II. des A. L. R. zulässig sei, weil der Sohn des Verklagten sich, außerhalb des väterlichen Hauses, als Portepeefähnrich auf der Divisionsschule befand, und der Gegenstand der Schuld die nothwendigsten Lebensbedürfnisse betrifft. Diese Frage ist indeß zu verneinen. Der Appellationsrichter hat ganz richtig ausgeführt, daß die Vorschriften im 11. Titel des I. Theils wegen der Darlehne der Militairpersonen hier vorzugsweise zur Anwendung kommen müssen. Der Frage: ob der Verklagte für die Schuld des Sohnes verantwortlich gemacht werden

---

4) S. auch Rabe, Sammlung Bd. XIII. S. 158. — Vgl. Entscheidungen des K. Geheimen Ober-Tribunals. Bd. II. S. 360 ff. Note 1) № III. D. H.

dürfe, muß immer erst die Frage voraufgehen: ob die Schuld an sich gültig sei. Denn ist die letztere zu verneinen, so hat der Gläubiger kein Klagerecht gegen den eigentlichen Schuldner, und steht ihm solches gegen den Sohn nicht zu, so kann in Beziehung auf den Vater nur ein Gleiches statt finden.

Der Umstand nun, daß der Sohn des Verklagten minderjährig ist, und unter väterlicher Gewalt steht, würde für sich allein nach §. 675. Tit. 11. Th. I. a. a. O. nur auf die, im 2. Titel des II. Theils enthaltenen Bestimmungen zurückgeführt haben, und hier der §. 129. dem Kläger allerdings zur Seite stehen. Es tritt aber noch hinzu, daß der Sohn des Verklagten Portepeefähnrich ist. Als solcher steht er, nach der gegenwärtigen Verfassung der Armee, den Unterofficieren gleich, und die, in dem §. 697. Tit. 11. Th. I. a. a. O. gedachten „adlichen Fahnen- und Standartenjunker" welche in der eben gedachten Gesetzstelle in Rücksicht der Fähigkeit, Darlehne aufzunehmen, den Subaltern-Officieren gleich geachtet werden, existiren nicht mehr;

> von Rudloff, Handbuch des Preußischen Militairrechts. Th. I. Einl. §. 13. S. 5. 6.

Schulden der Unterofficiere und Portepeefähnriche, in welche der Compagnie- oder Eskadron-Chef nicht schriftlich eingewilligt hat, sind nach §. 700. Tit. 11. Th. I. a. a. O. nicht nur ungültig, sondern nach §. 1314. Tit. 20. Th. II. ebend. sogar für den Credit gebenden Gläubiger straffällig;

> vgl. namentlich in Beziehung auf Portepeefähnriche: von Rudloff, a. a. O. Th. I. §. 251. S. 122.

Es kann daher ein Klagerecht des Imploranten nicht anerkannt werden. Der Appellationsrichter ignorirt zwar

jene, in dem Verhältniß der Armee eingetretene Veränderung, und behandelt den Sohn des Verklagten nach §. 697. Tit. 11. Th. I. a. a. O. mit Unrecht als einen Officier; es führt indeß auch diese Annahme auf dasselbe Resultat; die, von dem Kläger verlangte Anwendung des §. 129. Tit. 2. Th. II. ebend. bleibt in dem einen, wie in dem andern Falle ausgeschlossen. Da nämlich das Gesetz die Gültigkeit der, von gewissen Militairpersonen contrahirten Schulden von dem Consense ihrer Vorgesetzten abhängig macht: so würde es ein offenbares Umgehen des Gesetzes sein, wenn dem Gläubiger gestattet sein sollte, unter dem Vorwande der nützlichen Verwendung gegen den Vater des Schuldners diejenige Forderung geltend zu machen, welche er gegen den Schuldner selbst nicht einklagen kann. Es läßt sich hiergegen auch nicht einwenden, daß nach §. 254. Tit. 14. Th. I. a. a. O., doch der Bürge bezahlen müsse, wenn die Ungültigkeit des Hauptvertrages blos aus der persönlichen Eigenschaft des Verpflichteten entsteht, und der Letztere deshalb nicht in Anspruch genommen werden kann. Denn in diesem Falle entspringt das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen, mit Einwilligung des Letzteren, aus einem Vertrage, und dem Gläubiger kann die Unfähigkeit des Hauptschuldners nicht entgegengesetzt werden, weil er in Beziehung auf das Bürgschaftsverhältniß mit einem Fähigen contrahirt hat.

Übrigens hat das Gesetz auch solche Fälle, wo für dergleichen darlehnsunfähige Personen nothwendige Ausgaben bestritten worden, keinesweges unberücksichtigt gelassen, vielmehr im §. 708. Tit. 11. Th. I. a. a. O. verordnet:

„So weit der einem sonst unfähigen Schuldner gegebene Vorschuß zu nothwendigen oder nützlichen Ausgaben

desselben, welche derselbe ohne seine Schuld aus eigenen Mitteln nicht bestreiten können, wirklich verwendet worden, ist der Gläubiger in der Regel die Wiedererstattung zu fordern berechtigt."

Diese Vorschrift auf den vorliegenden Fall zur Anwendung zu bringen, konnte indeß, auch abgesehen von den hier eigentlich entscheidenden §§. 711. und 690. a. a. O., der Appellationsrichter keine Veranlassung finden, weil der Kläger den ihm obliegenden Beweis, daß der Sohn des Verklagten ohne seine Schuld in Verlegenheit gerathen sei [5]), nicht einmal angetreten hat, und es daher auf den, von dem Verklagten angebotenen Gegenbeweis, daß er seinem Sohne zu der Besoldung noch einen, das ganze Kostgeld übersteigenden monatlichen Zuschuß gegeben habe, gar nicht weiter ankam. Ja, der Umstand allein, daß der Sohn des Verklagten die seiner Stelle etatsmäßig gebührende Königliche Besoldung bezog, schloß für den Verklagten die Verpflichtung aus, auf Grund des, von dem Kläger zu seinen Gunsten in Bezug genommenen §. 127. Tit. 2. Th. II. a. a. O., diejenigen Verträge des Sohnes zu genehmigen, ohne welche derselbe die ihm von dem Vater angewiesene Bestimmung nicht erfüllen konnte. Denn eben jener Sold mußte alle, für die Bestimmung zum Militair

---

5) Bornemann, a. a. O. Th. III. S. 281. Note *) bemerkt: „Die Worte: „„ohne seine Schuld"" dürfen nicht streng genommen werden, indem die ganze Stelle überhaupt aus den allgemeinen Grundsätzen der versio in rem zu interpretiren ist."

Wir tragen Bedenken, dieser Ansicht beizutreten. Es läßt sich nicht annehmen, daß die gedachten Worte ohne Grund beigefügt sind; auch würde, wenn man sie für unwesentlich ansieht, der Zweck des Gesetzgebers, welcher bei den Beschränkungen der Darlehnsfähigkeit gewisser Personen beabsichtigt ist, in vielen Fällen vereitelt werden.

D. H.

nöthigen Ausgaben decken. Auch war der Verklagte keinesweges gehalten, sich durch besondere Maßregeln und Einrichtungen dagegen zu schützen, daß der Sohn den Sold und die väterliche Zulage nicht zu beliebigen andern Zwecken verwandte, und dagegen durch Nichtbezahlung der nothwendigsten Bedürfnisse den Vater in die Gefahr brachte, den creditirenden Gläubigern dafür noch nebenher gerecht werden zu müssen. Hiergegen schützten vielmehr den Verklagten schon die bestehenden Gesetze wegen des Creditgebens an Militairpersonen. Die, von dem ersten Richter angenommene entgegengesetzte Meinung würde leicht dahin führen, daß junge, zur Verschwendung geneigte Leute, darauf bauend, daß Wohnung, Kost u. dgl. von den Vätern doch unter allen Umständen bezahlt werden müßten, es sich zur Regel machen würden, die Bezahlung für dergleichen nothwendige Bedürfnisse sich creditiren zu lassen, und die ihnen zu Gebote stehenden Geldmittel dagegen zu anderweitigen Zwecken zu verwenden, was doch im Sinne des Gesetzgebers nicht gelegen haben kann.

№ 10.

Schwängerung. Eheversprechen. Beischlaf. Ehegelöbniß.

I. Kann eine, unter dem Versprechen der Ehe Geschwächte auch dann die Vollziehung der Ehe oder, falls der Schwängerer diese verweigert, alle Rechte einer geschiedenen, für den unschuldigen Theil erklärten Ehefrau verlangen, wenn

das Eheversprechen mehrere Jahre vor erfolgter Schwängerung abgegeben worden ist? [1]).

A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 1035. (1047.).

II. Verliert die Geschwächte die gedachten Ansprüche an den Schwängerer durch eine spätere Verlobung mit einem Andern? [2]).

---

1) Vgl. Motive zu dem, bei der jetzigen Gesetzrevision vorgelegten Entwurf des Th. II. Tit. 1. des A. L. R. Pensum XV. S. 527. Hier heißt es:

„Ferner lautete der Entwurf (§. 766.) blos dahin:

Hat der Verführer der Geschwächten die Ehe versprochen, und weigert sich dennoch der Vollziehung; so muß die Geschwächte, dieser Weigerung ohnerachtet, durch Urtel und Recht für seine Ehefrau erklärt werden.

Es wurde daher in den monitis das Bedenken aufgeworfen, ob der §. auch dann gelte,

wenn der Beischlaf mehrmals vollzogen, das Eheversprechen aber nicht vor dem ersten, sondern erst hinterdrein erfolgt sei (Extr. mon. ad §. 766. mon. 6. Mat. Bd. 73. f. 399.).

Suarez erwiederte:

quod non! denn eine solche Person ist nicht unter dem Eheversprechen zum Beischlaf verführt worden;

und wählte deshalb die jetzige Fassung:

Hat er sie unter dem Versprechen der Ehe geschwängert ꝛc. ꝛc. (Rev. mon. Bd. I. f. 434. et v.).

Indessen hat auch dieser Ausdruck noch zu Zweifeln Anlaß gegeben; das O. L. G. zu Frankfurt schlägt deshalb vor, zu sagen:

Ist sie durch das Versprechen der Ehe verführt worden, welches allemal angenommen werden soll, wenn ein solches Versprechen dem ersten Beischlaf vorhergegangen ist (Gutachten des O. L. G. zu Frankfurt f. 8 v.),

und dieser Vorschlag scheint der Natur der Sache und der eben angeführten erklärten Absicht des Gesetzgebers völlig gemäß zu sein."

D. H.

2) Vgl. I. in Betreff des gemeinen Rechtes: *Berger*, Oeconomia juris. Libr. III. Tit. 11. §. 4. Nota 7. (Pag. 825.):

„Electio autem, ducere uxorem, an dotare stupratam velit,

A. a. O. §§. 1080. 1081. (1092. 1093.); vgl. ebend. §. 135.

Die unverehelichte Elisabeth W. trat zu Michaelis 1827 bei dem Rusticalbesitzer Johann K. zu N. N.

---

est rei, sive stupratoris. at haec amittitur mora, a reo in eligendo contracta. ergo liberum deinceps fuerit actrici, reiecta illa conditione, alii nubere, et nihilosecius petere dotationem. Quid autem, si ea iterum stuprum commisisse dicatur, utrum nihilo minus dotem petere poterit? distinguendum videtur, ante, an post moram denuo se stuprandam curarit: priore casu, amittit jus exigendi dotem, propterea quod aufert reo electionem, utpote qui eam, commisso alio stupro, jure reiicit: iam, extincta obligatione principali, ad ducendum, extinguitur subordinata, ad dotationem; posteriore vero casu, adhuc exigit dotem, quia jus, ipsi semel quaesitum, subsequente alio stupro iterum auferri, nusquam legimus. Leges, quae poenam privationis decernant, prorsus deficiunt. Quod autem hic obiici possit, moram non magis obesse matrimonio, quam sententiam; intelligendum est de matrimonio promisso, cujusmodi hic deest. Finge, stupratorem ante institutam actionem, nec contradicente stuprata, aliam duxisse uxorem, proptereane stupratae denegabitur actio pro consequenda dote? negatur neque obstat, quod stupratori demtum sit arbitrium, ducendi stupratam; respondetur enim, stupratorem, ducendo aliam uxorem, usum esse arbitrio, ipsoque facto declarasse, quod nolit ducere uxorem: ergo eandem dotare debebit."

Ferner vgl. II. die Note 1. angeführten Motive. S. 557.: „§. 1080. d. T. Ein Gleiches (nämlich Verlust der Klage auf Ehelichung oder Ausstattung) findet statt, wenn sie sich vor angestellter Klage gegen den Schwängerer mit einem Andern wirklich verheirathet.

Hiebei gedenkt das J. A. zu Prenzlau eines Falles, wo eine Person die Schwängerungsklage eingereicht, und unmittelbar nachher, noch vor dem Instructionstermin, sich anderweitig verheirathet habe.

Nach der wörtlichen Fassung des §. könne sie dessenungeachtet

in den Dienst, und wurde bald darauf mit dem Pflegesohn ihres Brodherrn, dem Franz K., näher bekannt. Michaelis 1831 verließ sie diesen Dienst wieder, und etwa drei Jahre nachher, am 17. Juli 1834, gebar sie einen Knaben. Als Vater desselben nahm sie, in Gemeinschaft mit dem Vormunde des Kindes, den Franz K. in Anspruch. Sie behauptete, daß bald nach Antritt ihres Dienstes im Jahre 1827 der Verklagte mit ihr, unter Genehmigung seines Pflegevaters Johann K., sich verlobt, und Letzterer die Absicht gehabt, ihrem Verlobten und ihr sein

---

Ausstattung fordern, gleichwohl könne dies nicht die Absicht des Gesetzes gewesen sein.

Umgekehrt wurde eine Person mit der Klage auf Ausstattung, ungeachtet sie sich erst im Lauf des Processes anderweitig verheirathete, abgewiesen,

weil sie dem Beklagten doch immer die Wahl zwischen Ehelichung und Ausstattung, die ihm einmal gesetzlich zustehe, unmöglich gemacht habe.

Dies wurde — — in beiden folgenden Instanzen abgeändert (Mathis, Monatsschrift. Bd. I. S. 436—439.), weil der Beklagte in der Instruction bestimmt erklärt hatte, die Ehe nicht vollziehen zu wollen."

Ebendaselbst (Motiv S. 558.) wird ferner noch bemerkt:

„Das monitum, welches die Vorschrift (§. 1080.) veranlaßte, gab als Grund an,

weil durch die anderweitige Heirath dem stuprator die Wahl zwischen der eigenen Heirath und der Abfindung benommen worden (Extr. mon. ad §. 761. mon. 2. a. Mat. Bd. 73. f. 395. unten);

und Hr. v. Grolmann und Suarez traten dem Antrage bei,

weil durch die anderweitige Heirath der Schade schon vergütigt sei, und darin zugleich eine Begebung des Anspruches an den Schwängerer liege (ibid. in marg. und Revis. mon. Bd. I. f. 431.)."

III. Bielitz, Commentar Bd. V. S. 373. und Bornemann, System des Preußischen Civilrechtes. Bd. V. S. 406. 407.

D. H.

Grundstück abzutreten; in Folge des ihr gemachten Eheversprechens habe sie dem Verklagten den Beischlaf gestattet, und diesen selbst dann noch fortgesetzt, als sie den Dienst des Johann K. bereits verlassen. Den Klageantrag hinsichtlich ihrer persönlichen, auf das Eheversprechen gegründeten Ansprüche richtete sie dahin:

> den Verklagten zu verurtheilen, mit ihr die Ehe zu vollziehen, eventuell sie für seine geschiedene, für unschuldig erklärte Ehefrau zu erachten.

Zugleich zeigte die Klägerin an, daß der Verklagte sich mit einer Veronica J. ehelich zu verbinden beabsichtige, und das Aufgebot bereits erfolgt sei. Sie widersprach dieser Verbindung, und bat, ein Inhibitorium an den Verklagten zu erlassen. Diesem Gesuche wurde zwar Statt gegeben; bei Behändigung des gerichtlichen Verbots war indeß der Verklagte schon getraut, und dadurch die Erfüllung des Principal-Antrages der Klägerin unmöglich geworden.

Der Verklagte räumte ein, den Beischlaf mit der Klägerin wohl vor mehreren Jahren wiederholt vollzogen zu haben, bestritt aber, daß dies innerhalb des gesetzlichen Zeitraums vor der Geburt des Kindes der Fall gewesen sei. Das behauptete Eheversprechen stellte er gänzlich in Abrede.

Nach erhobenem Zeugenbeweise verstattete das vormalige Landgericht zu Meseritz durch das, am 20. November 1835 behändigte Erkenntniß die Klägerin zum Erfüllungseide darüber,

> daß der Verklagte mit ihr den Beischlaf in dem Zeitraume vom 7. October bis 21. December 1833 vollzogen, und ihr das Versprechen der Ehe dabei gegeben habe;

für den Schwörungsfall wurden der Klägerin die Rechte einer geschiedenen, für unschuldig erklärten Ehefrau zugesprochen.

Der Verklagte appellirte; er führte als neue Thatsache an, daß die Klägerin sich im Januar 1834 mit dem Ackerbürger G. in B. habe kirchlich aufbieten lassen, und glaubte, seinerseits hierdurch aller Verpflichtungen aus dem Eheversprechen, wenn ein solches wirklich erwiesen werden sollte, wieder entledigt worden zu sein.

Die Klägerin räumte ein, daß sie mit dem Ackerbürger G. verlobt und bereits kirchlich aufgeboten gewesen; behauptete indeß, daß diese Verbindung gerade ihrer Schwangerschaft wegen rückgängig geworden sei, und daher keinen Grund abgeben könne, sie ihrer Ansprüche an den Verklagten verlustig zu erklären.

Das Ober-Appellationsgericht zu Posen änderte durch das, am 15. September 1837 behändigte Urtel das Erkenntniß erster Instanz. Die Klägerin ward mit den, auf das behauptete Eheversprechen gegründeten Anträgen gänzlich abgewiesen; ihr nur über die Zeit des Beischlafs der Eid zuerkannt, und im Fall der Ableistung desselben der Verklagte zur Zahlung einer persönlichen Abfindung von nur 10 Thlrn. verurtheilt.

Das Gericht nahm zwar den, bereits in erster Instanz über das Eheversprechen angetretenen Beweis für soweit geführt an, daß darüber der Klägerin der Erfüllungseid habe anvertraut werden können; gleichwohl ward der Eid für unerheblich erachtet, weil das Eheversprechen seine rechtliche Wirkung durch die, in zweiter Instanz nachgewiesene spätere Verlobung der Klägerin mit dem Ackerbürger G. nach §. 135. Tit. 1. Th. II. des A. L. R. jedenfalls wieder verloren habe.

Die Klägerin ergriff das Rechtsmittel der Revision, und brachte die neue Thatsache vor, daß das Verlöbniß mit dem Ackerbürger G. von ihr nur zum Schein auf

Anstiften des Verklagten eingegangen worden, weil der Pflegevater des Letzteren diesem sein Grundstück damals nur unter der Bedingung verschreiben wollen, daß derselbe die Klägerin nicht heirathe. Das Geheime Ober-Tribunal erkannte unterm 28. Mai 1838 auf Wiederherstellung des Urtels erster Instanz.

Gründe.

Der Zeuge Schullehrer W. bekundet, daß in seiner Gegenwart sich die Klägerin und der Verklagte zu Michaelis 1830 die Ehe versprochen, auch zum Zeichen dessen die Hände gegeben haben, und daß er hierauf von dem Pflegevater des Verklagten, dem Johann K., aufgefordert worden sei, eine Punctation aufzusetzen, mittelst deren Letzterer dem Verklagten seine Wirthschaft habe abtreten wollen. Durch diese, von beiden Theilen für richtig angenommene Aussage ist die Thatsache, daß der Verklagte der Klägerin die Ehe versprochen hat, soweit dargethan, daß, wie auch der erste Richter annimmt, die Klägerin darüber zum Erfüllungseide zu verstatten ist.

Zwar ist nach der Angabe des Zeugen das Eheversprechen um mehr als drei Jahre vor dem Beischlaf erfolgt, aus welchem die Klägerin schwanger geworden. Es läßt sich mithin ein Causalzusammenhang dieses Eheversprechens mit der Gestattung des Beischlafs nicht erkennen, und es entsteht daher mit Rücksicht auf §. 1035. (1047.) Tit. 1. Th. II. des A. L. R. das Bedenken, ob ein so weit zurückliegendes Eheversprechen die Geschwächte zu einer Klage daraus berechtigt? Der §. 1035. (1047.) verordnet nämlich:

„Hat der Verführer die Geschwächte unter dem Versprechen der Ehe geschwängert, — so muß derselbe

von dem Richter — angemahnet werden, die Ehe mit der Geschwächten wirklich zu vollziehen."

Er setzt also voraus, daß das Eheversprechen von dem Verführer als Mittel angewendet worden, die Gestattung des Beischlafs von der Geschwächten zu erlangen, die Letztere sich mithin in der Aussicht auf die Vollziehung der Ehe dem Willen ihres Verführers hingegeben hat. Wenn dagegen das, den ersten Beischlaf veranlassende Eheversprechen unerfüllt geblieben, dessenungeachtet aber der vertraute Umgang länger fortgesetzt worden ist, so läßt sich anscheinend kein zureichender Grund erkennen, welcher die Frauensperson zu bestimmen vermocht habe, das Eheversprechen noch ferner für ein ernstliches anzusehen, und, in der Hoffnung der Erfüllung desselben, dem Manne den Beischlaf so lange zu gestatten, bis derselbe endlich eine Schwängerung zur Folge gehabt.

Das angeregte Bedenken verschwindet jedoch, wenn man erwägt, daß für die Erfüllung eines solchen, zum Zweck der Erlangung des Beischlafs abgegebenen Eheversprechens in der Regel keine bestimmte Zeit verabredet wird, und im Fall der Fortsetzung des damit begonnenen vertrauten Umganges jeder Theil bei dem andern die Absicht, das Eheversprechen zu erfüllen, wohl vorauszusetzen berechtigt ist. Ist aber sogar, wie im vorliegenden Falle behauptet wird, ein vor Zeugen, wenn auch gerade nicht in der gesetzlichen Form gegebenes Eheversprechen erfolgt, und gestattet die bis dahin unbescholtene Frauensperson dem Verlobten Vertraulichkeiten, zu denen sie ihn in der Hoffnung der Erfüllung des Eheversprechens doch für bald berechtigt erachtet: so liegt es noch weit näher anzunehmen, daß die Frauensperson sich dem Verlobten auch dann nur mit Rücksicht auf das ihr geleistete Eheversprechen ganz hingegeben

hat, wenn auch der Beischlaf erst längere Zeit nach demselben statt gefunden. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde diejenige Frauensperson, welche leichtsinnig genug ist, einem Manne, vielleicht bei der ersten Zusammenkunft, gegen das Versprechen der Ehe sofort den Beischlaf zu gestatten, günstiger gestellt sein, als diejenige, welche ihrem anerkannten Verlobten, im Vertrauen auf dessen Rechtlichkeit, erst nach einem längeren, von ihren Angehörigen weniger beaufsichtigten und die gegenseitigen Vertraulichkeiten befördernden Umgange unterlegen ist, sofern sie nicht die, der minder verdorbenen gerade am entferntesten liegende Vorsicht gebraucht hat, sich unmittelbar vor dem Beischlaf das Eheversprechen wiederholen zu lassen.

Den vorstehend entwickelten Grundsätzen entspricht nun zwar die, vom ersten Richter gewählte Eidesnorm nicht, indem hiernach beschworen werden soll, daß Verklagter der Klägerin das Eheversprechen „dabei" (nämlich bei dem Beischlafe) gegeben habe. An dieser Eidesnorm kann indeß nichts geändert werden, weil Klägerin das erste Erkenntniß rechtskräftig werden lassen.

Der Appellations-Richter gründet die Abweisung der Klägerin wegen ihrer Verlobung mit dem Ackerbürger G. noch auf den §. 135. Tit. 1. Th. II. des A. L. R., welcher verordnet:

„Jede spätere Verlobung des einen Theils giebt dem Erstverlobten ein Recht, von der früheren Verlobung zurückzutreten und nicht nur Entschädigung, sondern auch gesetzmäßige Abfindung zu fordern."

Jene Thatsache ist indeß ohne Einfluß auf die Entscheidung und der §. 135. a. a. O. auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Der Schwängerer, welcher die Geschwächte durch sein Versprechen, sie ehelichen zu wollen,

zum Beischlafe verleitet und dadurch ihrer jungfräulichen Ehre beraubt hat, kann von seiner Verpflichtung zur Entschädigung nicht durch den Umstand befreit werden, daß die Verführte selbst in ihrer verschlimmerten Lage noch die Gelegenheit einer anderweitigen Verheirathung gefunden hat. Der §. 135. a. a. O. bezieht sich nur auf vertragsmäßige, unter Beobachtung der gesetzlichen Form geschlossene Ehegelöbnisse, und beruht auf der Annahme, daß in der anderweitigen Verlobung ein, durch die That erklärter Rücktritt von der früheren Willenserklärung gefunden werden müsse. Bei einem, unter dem Versprechen der Ehe bewirkten Beischlaf wird dagegen die Verbindlichkeit des Schwängerers zur Entschädigung der Geschwächten nicht blos durch die, in dem unförmlichen Eheversprechen liegende Willenserklärung des Schwängerers und noch weniger durch die der Geschwächten, sondern hauptsächlich durch die hinzutretende Thatsache des Beischlafs und die, der Geschwächten dadurch zugefügte Beschädigung begründet. Eine anderweitige Verlobung der Verführten kann daher, sofern die Weigerung, den zur Vollziehung der Ehe erbötigen Schwängerer zu heirathen, nicht ausdrücklich erklärt worden, §. 1081. (1093.) a. a. O., den Entschädigungsanspruch der Geschwächten um so weniger aufheben, als die Letztere zur Eingehung der Ehe mit dem Schwängerer vielleicht sehr gern bereit gewesen und das Verlöbniß mit einem Andern nur in der Überzeugung eingegangen sein kann, daß der Schwängerer sein Eheversprechen doch nicht erfüllen werde. Überdies aber erklärt der §. 1080. (1092.) a. a. O. die Geschwächte ihres Anspruches auf Ehelichung oder Ausstattung nur dann für verlustig, wenn sie sich vor angestellter Klage gegen den Schwängerer mit einem An-

dern „wirklich verheirathet," einer Verlobung darf mithin eine gleiche Wirkung nicht beigelegt werden.

Die Verlobung der Klägerin mit dem G., welche überdies, wie der Verklagte nicht bestritten hat, wieder rückgängig geworden ist, erscheint hiernach ohne Einfluß auf die Verpflichtungen des Verklagten. Es kömmt deshalb auch darauf nicht weiter an, daß die Verlobung mit dem G. nach der Behauptung der Klägerin nur auf Anstiften des Verklagten zum Scheine erfolgt sein soll.

№ 11.

Hausofficiant. Gesinde.

Die Rechte und Pflichten der Hausofficianten sind, soweit die §§. 177—185. Tit. 5. Th. II. des A. L. R. nicht besondere Bestimmungen für dieselben enthalten, seit Emanation der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810 nach den Vorschriften dieser letzteren, nicht nach den §§. 1—176. des A. L. R. a. a. O. zu beurtheilen [1]).

A. L. R. Th. II. Tit. 5. §. 186.

Ge-

1) Vgl. Klein, System des Preuß. Civilrechts, herausgegeben durch von Rönne. Bd. II. S. 207. (2. Aufl. Bd. II. S. 197.) Note 1), woselbst es heißt:

„Zweifelhaft ist es, ob jetzt die Vorschriften des A. L. R. oder der Gesinde-Ordnung zur Anwendung kommen. In einer kürzlich beim Kammergericht ergangenen Entscheidung ist das Letztere angenommen, und dies ist auch wohl die richtigere Ansicht, weil der §. 186. d. T. gar nicht auf die vorigen Paragraphen verweist, son-

Gesinde-Ordnung für sämmtliche Provinzen der Preußischen Monarchie; vom 8. November 1810., Einleitung (Gesetz-Sammlung S. 101.).

Die Frage:

ob seit der Emanation der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810 die Vorschriften derselben auch für die Hausofficianten maaßgebend seien,

kam bei dem Geheimen Ober-Tribunale schon im Jahre 1832 zur Sprache, indem es sich darum handelte, ob ein Hausofficiant wegen der, ihm im Dienstabschiede zur Last gelegten Beschuldigungen nach §. 172. Tit. 5. Th. II. des A. L. R. auf richterliche oder nach §. 172. der Gesinde-Ordnung auf polizeiliche Untersuchung antragen dürfe. Der dritte Senat des Collegiums entschied sich damals für die letztere Meinung. Gegenwärtig ist ein ähnlicher Rechtsfall zur Entscheidung desselben Senates gelangt. Ein Gutsherr hielt sich für berechtigt, auf Grund des §. 129. der Gesinde-Ordnung seinen Wirthschaftsverwalter ohne Aufkündigung des Dienstes zu entlassen, weil er, wiederholter Verwarnung ungeachtet, ohne Erlaubniß sich aus dem Vorwerke entfernt hatte. Die Deputation des Kammergerichts zur Entscheidung der Bagatellsachen in zweiter Instanz erachtete die Beweisaufnahme über die factischen Behauptungen des Gutsherrn für unerheblich, weil nach §. 186. Tit. 5. Th. II. des A. L. R. für

---

dern nur verordnet, daß im übrigen die Hausofficianten mit dem gemeinen Gesinde gleiche Rechte und Pflichten haben sollten, die Bestimmung der letzteren sich aber jetzt nicht mehr im A. L. R., sondern in der Gesinde-Ordnung findet."

D. H.

Hausofficianten die, in den §§. 1—176. ebend. enthaltenen Vorschriften maaßgebend seien. Die gedachte Deputation nahm zugleich an, daß der angeführte §. 186. die erst später ergangene Gesinde-Ordnung nicht im Auge haben könne, und sich deshalb allein auf die ebenfalls schon gedachten §§. 1—176. des A. L. R. a. a. O. beziehe; auch hebe die Gesinde-Ordnung die eben in Bezug genommenen §§. 1—176. nur in Betreff des gemeinen Gesindes, nicht aber auch im Übrigen auf. Da nun nach §. 141. des A. L. R. a. a. O. das Auslaufen des Gesindes die Herrschaft nur zur Kündigung, nicht zur sofortigen Entlassung, berechtige, so sei die letztere im vorliegenden Falle zur Ungebühr erfolgt. Bei der Prüfung der Nichtigkeitsbeschwerde, welche gegen diese Entscheidung von dem Gutsherrn wegen unrichtiger Anwendung der angeführten Vorschriften des A. L. R. eingelegt worden, war die Mehrheit der Mitglieder des dritten Senats geneigt, der Ansicht der Deputation des Kammergerichts beizupflichten, und die Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen. Weil dies indeß dem, im Jahre 1832 angenommenen Grundsatz entgegen gewesen wäre, so wurde in Gemäßheit der Allerhöchsten Cabinetsorder vom 1. August 1836 die streitige Frage zur Entscheidung des Plenums gebracht, welches sich in der Sitzung vom 12. November 1838 für die Beibehaltung des frühern Grundsatzes erklärte, und diesen dahin feststellte:

> die Gleichstellung der Hausofficianten in ihren Rechten und Pflichten mit dem gemeinen Gesinde im §. 186. Tit. 5. Th. II. des A. L. R. ist gegenwärtig auf die Vorschriften der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810, und nicht auf die des A. L. R. a. a. O. §§. 1—176. zu beziehen.

Gründe.

Die Einleitung der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810 läßt darüber keinen Zweifel, daß durch dieselbe die rechtlichen Verhältnisse zwischen den Herrschaften und dem „gemeinen Gesinde" haben geordnet, und in dieser Rücksicht die, in den §§. 1—176. Tit. 5. Th. II. des A. L. R. enthaltenen Vorschriften, welche, dem Marginale des §. 1. zufolge, ebenfalls für das „gemeine Gesinde" gegeben waren, haben modificirt werden sollen. Eben so gewiß ist es aber auch, daß die ältere Redaction der, in dem A. L. R. enthaltenen Bestimmungen gänzlich abgeschafft, und derselben die Gesinde-Ordnung durchaus substituirt worden ist, indem die Einleitung zu der letzteren unter № 3. verordnet:

„Die in dieselbe aufgenommenen Abänderungen derogiren den abweichenden Stellen des A. L. R. dergestalt, daß dieselben für gänzlich aufgehoben geachtet, und überall die Rechte und Pflichten der Herrschaften und des Gesindes nur nach dieser neuen Redaction beurtheilt werden sollen."

Das Verhältniß der Hausofficianten ist im A. L. R. ebenfalls in dem fünften Titel des zweiten Theils: „von den Rechten und Pflichten der Herrschaft und des Gesindes" abgehandelt; und es werden dort, nachdem in den ersten 176 Paragraphen Bestimmungen für das „gemeine Gesinde" gegeben sind, in den §§. 177—185. einzelne besondere Anordnungen hinsichtlich der Hausofficianten getroffen, welche sich auf die Form des, mit ihnen abzuschließenden Vertrages (§§. 177 — 181.), ihre Verrichtungen (§§. 182—184.) und das ihnen beigelegte Recht zum Dienstaustritt wegen unverschuldeter Ehrenkränkungen (§. 185.)

beziehen; hiernächst aber im §. 186. ein allgemeiner Grundsatz dahin aufgestellt:

„In allen übrigen Stücken haben Hausofficianten mit dem gemeinen Gesinde gleiche Rechte und Pflichten."

Da nun die Rechtsverhältnisse zwischen der Herrschaft und dem gemeinen Gesinde seit Emanation der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810 nur nach dieser zu beurtheilen sind, so können, vermöge des im §. 186. des A. L. R. a. a. O. ausgesprochenen Grundsatzes, hinsichtlich der Hausofficianten in allen Fällen, welche nicht den speciellen Bestimmungen der §§. 177—185. unterliegen, ebenfalls nur die Vorschriften der gedachten Gesinde-Ordnung zur Richtschnur dienen. Eine Anwendung der, das gemeine Gesinde betreffenden Paragraphen des A. L. R. auf die Verhältnisse der Hausofficianten dagegen würde theils der vorher angeführten Disposition in der Einleitung zur Gesinde-Ordnung zuwiderlaufen, wonach

„überall die Rechte und Pflichten der Herrschaften und des Gesindes — nicht blos des gemeinen Gesindes — nur nach der neuen Redaction beurtheilt werden sollen,"

theils würde dadurch jener leitende Grundsatz des §. 186. des A. L. R. a. a. O. verletzt werden, zufolge dessen, mit Ausnahme der besondern Bestimmungen in den §§. 177—185., zwischen den Hausofficianten und dem gemeinen Gesinde in ihren rechtlichen Beziehungen kein Unterschied obwalten soll.

Die entgegengesetzte Ansicht, nach welcher für die Hausofficianten auch jetzt noch die aufgehobenen Vorschriften des A. L. R. maaßgebend sind, würde sich allenfalls rechtfertigen lassen, wenn der §. 186. a. a. O. ausdrücklich festsetzte:

daß in allen übrigen Stücken die, in den vorhergehenden §§. 1—176. für das gemeine Gesinde gegebenen Bestimmungen auch für die Hausofficianten gelten sollen.

Unter dieser Voraussetzung ließe sich behaupten, daß die Gesinde-Ordnung nur das Verhältniß zwischen der Herrschaft und dem gemeinen Gesinde habe modificiren wollen, und daher jene landrechtlichen Bestimmungen in Beziehung auf die Hausofficianten vermöge der ausdrücklichen Disposition des §. 186. gültig geblieben seien, obwohl man dann vergeblich nach einem Grunde forschen würde, weshalb der Gesetzgeber alle landrechtlichen Vorschriften, welche derselbe zu verbessern und abzuändern für nothwendig erachtet, durchweg und ohne Unterschied als richtig und zutreffend habe bestehen lassen, sobald es sich nicht von dem gemeinen Gesinde, sondern von den Hausofficianten handele. Der §. 186. a. a. O. enthält aber eine solche ausdrückliche Zurückweisung auf die §§. 1—176. nicht; derselbe ordnet vielmehr nur die Gleichstellung der Hausofficianten mit dem gemeinen Gesinde für alle, in den §§. 177—185. nicht besonders vorgesehenen Fälle an. Es fehlt daher an allem zureichendem Grunde, die Vorschriften der Gesinde-Ordnung von der Anwendung auf Hausofficianten auszuschließen.

№ 12.

Pachtvertrag. Landgut. Uebergabe.

Wenn über ein Landgut ein Pachtvertrag, in welchem ein jährlicher Pachtzins von 200 Thlrn. oder mehr vorbedungen ist, nicht gerichtlich oder notariell,

sondern nur schriftlich errichtet worden, so gilt die Pacht auch auf Ein Jahr nur dann, wenn die Übergabe des verpachteten Landgutes an den Pächter erfolgt ist.

Ohne diese Übergabe kann weder die Erfüllung auf Ein Jahr, noch Entschädigung gefordert werden [1]).

A. L. R. Th. I. Tit. 21. §§. 401—403. 406.; vgl. ebend. §. 269., Tit. 5. §§. 109. 110. 120. 155. 168.

Der Gutsbesitzer von W. errichtete unter dem 12. Juli 1835 mit dem Kaufmann B. einen schriftlichen Vertrag, durch welchen er das ihm zugehörige Gut R. dem B. auf drei Jahre für einen jährlichen Pachtzins von 6500 Fl. polnisch verpachtete. In dem Vertrage war festgesetzt, daß derselbe bis zur Errichtung des gerichtlichen Contractes volle Gültigkeit behalten sollte. Es kam indeß ein gerichtlicher Vertrag nicht zu Stande, und eben so wenig erfolgte

---

1) Dieselbe Ansicht ist angenommen von Bornemann, system. Darstellung des Preuß. Civilrechts. Bd. IV. S. 514. 515., welcher bemerkt:

„Zuvörderst kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die §§. 405. 406. (Tit. 21. Th. I. A. L. R.) von einem, durch die Übergabe vollzogenen Pachtvertrage zu verstehen sind, daß aber aus einem blos schriftlich errichteten Pachtvertrage der vorliegenden Art eben so wenig, wie aus einem mündlichen Miethsvertrage, der schriftlich hätte errichtet werden müssen, auf Erfüllung geklagt werden kann."

und S. 514. Note ***):

„Suarez wollte übrigens nach der revisio monitorum nur den §. 405., nicht den §. 406. eintreten lassen, wenn der Pachtvertrag blos schriftlich geschlossen war."

Vgl. Grävell, die Lehre vom Nießbrauche, Miethe und Pacht nach Preußischem Recht. Halle 1820. S. 146. §. 269. Note **).

D. H.

die Übergabe des verpachteten Gutes an B.; der von W. erklärte vielmehr, daß er das Gut nach Abschluß des Vertrages verkauft habe, und dasselbe zur Pacht zu übergeben, weder Willens noch im Stande sei.

In Folge dessen erhob B. Klage, und trug dahin an, den von W. zu verurtheilen, ihm allen, durch die Nichterfüllung des Pachtvertrages erwachsenen Schaden und entgangenen Gewinn zu ersetzen.

Der Verklagte setzte dem Anspruche insbesondere entgegen, daß der Pachtcontract nach §. 403. Tit. 21. Th. I. des A. L. R. gerichtlich oder vor einem Justizkommissar hätte errichtet werden müssen, mithin aus dem blos schriftlich abgeschlossenen Vertrage auf dessen Erfüllung nicht geklagt werden könne, und daher auch wegen der verweigerten Erfüllung eine Entschädigungsforderung nicht stattfinde.

Das Oberlandesgericht zu Marienwerder war der Ansicht, daß der Pachtvertrag vom 12. Juli 1835, wegen des gerügten Mangels in der Form, zwar nicht auf die ganze verabredete Pachtzeit, wohl aber nach §. 406. a. a. O. auf ein Jahr verbindend gewesen sei, und verurtheilte demzufolge den von W., die eingeklagte Entschädigung für die Dauer eines Pachtjahres zu leisten.

Verklagter wandte die Appellation ein, und das Tribunal zu Königsberg erkannte in dem, am 28. April 1838 eröffneten Urtel auf gänzliche Abweisung des Klägers. Diese Entscheidung ward hauptsächlich darauf gegründet, daß ein, durch Übergabe des verpachteten Landguts nicht vollzogener schriftlicher Pachtvertrag, in welchem ein jährliches Pachtgeld von 200 Thlrn. oder mehr bedungen sei, aller Wirkung entbehre, und einem Vertrage völlig gleich stehe, der in dem Falle, wo das Gesetz die schriftliche Form erfordere, nur mündlich geschlossen worden. Hiernach finde

aus dem Vertrage vom 12. Juli 1835 nach den §§. 155. und 168. Tit. 5. a. a. O. weder eine Klage auf Erfüllung, noch ein Anspruch auf Entschädigung statt.

Der Kläger erhob die Nichtigkeitsbeschwerde. Er suchte unter anderm auszuführen, daß von dem Appellations-Richter die Vorschrift des §. 406. Tit. 21. Th. I. des A. L. R. unrichtig aufgefaßt sei, da diese Gesetzstelle nicht unterscheide, ob die Übergabe an den Pächter stattgefunden habe oder nicht, und davon, ob das Eine oder das Andere der Fall, verschiedenartige Folgen nicht abhängig mache. Zugleich erklärt er die §§. 155. und 168. Tit. 5. a. a. O. auf einen Fall angewendet, wofür sie nicht bestimmt worden.

Das Geheime Ober-Tribunal wies jedoch durch das, am 1. October 1838 abgefaßte Erkenntniß die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet zurück.

Gründe.

Der Appellationsrichter nimmt an, daß ein, durch Übergabe des verpachteten Landguts nicht vollzogener, nur schriftlich errichteter Pachtvertrag, in welchem ein jährliches Pachtgeld von 200 Thlrn. und mehr vorbedungen ist, ohne alle Wirkung sei, gleich dem blos mündlichen Vertrage in den Fällen, wo das Gesetz die schriftliche Form erfordert.

Diese Ansicht ist für richtig zu erachten, und wird durch die Ausführung des Klägers nicht widerlegt.

Das A. L. R. Th. I. Tit. 21. bestimmt in Beziehung auf die Form der Mieth- und Pachtverträge zunächst in den §§. 267. und 268. im Allgemeinen, daß die Frage, inwiefern es bei solchen Verträgen der schriftlichen Abfassung bedürfe, nach dem Betrage des Einjährigen Zinses zu entscheiden sei. Der §. 269. fügt aber hinzu:

„Ist in Fällen, wo es eines schriftlichen Vertrages bedarf, derselbe blos mündlich geschlossen, aber durch die

Übergabe schon vollzogen worden: so ist er nur auf Ein Jahr gültig."

In Beziehung auf Pachtungen der Landgüter werden demnächst noch besondere Formen vorgeschrieben. Nach §. 401. müssen Pachtcontracte über Landgüter allemal, wenn auch das verabredete jährliche Pachtgeld die Summe von 50 Thlrn. nicht übersteigt, schriftlich errichtet werden. Ist dies nicht geschehen, der Vertrag jedoch durch Übergabe schon vollzogen worden, so gilt derselbe nur auf Ein Jahr; §. 402. Beträgt aber das verabredete jährliche Pachtgeld 200 Thlr. oder mehr (§. 403.): so soll der Contract entweder gerichtlich oder doch vor einem Justizkommissarius geschlossen werden; der §. 404. bestimmt, was die zugezogene Gerichtsperson hierbei zu beobachten habe. Sodann geht das Gesetz auf die Folgen über, wenn die vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden, und verordnet:

§. 405. „Ist ein solcher Contract nicht auf die §. 403. vorgeschriebene Art errichtet worden: so sind die dunkeln und mangelhaften Bestimmungen des Vertrages allemal eher zum Nachtheil des Verpächters, als des Pächters auszudeuten."

§. 406. „Auch gilt die Pacht nur auf Ein Jahr und kann mit dem Ablaufe jedes Jahres, nach vorhergegangener gesetzmäßiger Aufkündigung, wieder aufgehoben werden."

Im §. 406. ist nun zwar nicht ausdrücklich bestimmt, daß der Vertrag schon durch die Übergabe vollzogen sein müsse, wenn die, in dem Gesetz gedachte Wirkung eintreten soll; gleichwohl kann es nicht bezweifelt werden, daß die in Rede stehende Vorschrift auf jener Voraussetzung beruht, und davon deren Anwendung abhängig ist.

Der Gesetzgeber hat für die Abschließung von Pacht-

contracten die, sonst bei Verträgen im Allgemeinen erforderliche Form gesteigert, um den schädlichen Processen vorzubeugen, welche aus Pachtverhältnissen in der Regel entstehen [2]). Deshalb muß allemal, wenn auch nach allgemeinen Grundsätzen der mündliche Vertrag genügen würde, ein schriftlicher Vertrag errichtet werden. Falls diese Form verabsäumt ist, soll selbst bei einem jährlichen Pachtzinse von 50 Thlrn. und darunter die Klage auf Erfüllung nicht statt finden, und, wenn der Vertrag durch die Übergabe bereits vollzogen worden, derselbe nur auf Ein Jahr gültig sein (§§. 401. und 402.). Tritt diese rechtliche Folge schon dann ein, wenn auch nur die, nach allgemeinen Grundsätzen gar nicht einmal erforderliche schriftliche Abfassung unterblieben ist, so muß dasselbe noch mehr in dem Fall gelten, wenn die, durch das Gesetz, mit Rücksicht auf die Erheblichkeit des Pachtgeschäfts, nicht blos als räthlich, sondern als nothwendig angeordnete Zuziehung einer Gerichtsperson oder eines Justizkommissarius verabsäumt worden. Denn zur Gültigkeit eines jeden Vertrages gehört, außer der wechselseitigen Einwilligung, auch die Beobachtung der in den Gesetzen vorgeschriebenen Form, es wäre

2) Suarez, amtliche Vorträge bei der Schluß-Revision des A. L. R. S. 68. bemerkt über die Motive zu den §§. 401. und flgd. Tit. 21. Th. I.:

„Da die tägliche Erfahrung lehrt, was für schädliche und unabsehliche Processe aus Pacht-Negotiis entstehen, wenn die Contracte von den, der Rechte selbst unerfahrenen Parteien allein oder mit Zuziehung eben so unwissender Rathgeber und Beistände geschlossen werden, indem es dabei oft in den wichtigsten Punkten an der nöthigen Deutlichkeit, Bestimmtheit und Vollständigkeit ermangelt; so ist es gewiß keine überflüssige Formalität, wenn das Gesetzbuch verordnet, daß alle Pachtcontracte über Landgüter von einiger Erheblichkeit gerichtlich, oder vor einem Justizkommissarius und Notarius geschlossen werden sollen.“ D. H.

denn, daß die Beobachtung einer Formalität im Gesetz nur unter Androhung einer Strafe verordnet wäre; §§. 109. und 110. Tit. 5. Th. I. des A. L. R. Der letztere Fall liegt hier nicht vor; beim Mangel der, im §. 403. Tit. 21. a. a. O. vorgeschriebenen Form kann mithin der Pachtvertrag, sofern der Pachtzins 200 Thlr. oder mehr beträgt, nicht zur rechtlichen Wirksamkeit gelangen, folglich auch dessen Erfüllung nicht gefordert werden. Eben deshalb läßt sich aber auch ein, blos schriftlich abgefaßter Pachtvertrag, worin ein Zins von dem eben gedachten Betrage versprochen ist, nicht einmal als eine Punctation betrachten und die Vorschrift des §. 120. Tit. 5. a. a. O. darauf nicht anwenden [3]). Die Bestimmung dieses §., wonach eine, von beiden Theilen unterschriebene Punctation, aus welcher die gegenseitige Einwilligung derselben in alle wesentliche Bedingungen des Geschäfts erhellet, mit einem förmlichen Contracte gleiche Gültigkeit hat, ist vielmehr nur für den Fall gegeben, wenn die schriftliche Form zur Rechtsbeständigkeit des Vertrages genügt, gilt aber keinesweges, wenn die Abfassung des Vertrages vor einem Richter oder Notar vorgeschrieben ist. Wollte man das Gegentheil hiervon annehmen, so würden alle gesetzlichen Vorschriften über die Nothwendigkeit der gerichtlichen oder notariellen Aufnahme bestimmter Verträge überflüssig sein, indem aus der schriftlichen Abfassung jedesmal die Klage auf gerichtliche oder notarielle Vollziehung zulässig wäre.

Kann hiernach aus einem schriftlichen Pachtvertrag auf Erfüllung nicht geklagt werden, sofern nach §. 403. Tit. 21.

---

3) Vergl. Rescript vom 28. März 1821 (Gräff ꝛc., Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher Th. I. Abth. I. S. 882., zu §§. 403—406. Tit. 21. Th. I. des A. L. R.)

D. H.

a. a. O. die rechtliche Gültigkeit des Vertrages durch die gerichtliche oder notarielle Form bedingt wird, so folgt von selbst, daß die Vorschrift des §. 406., wonach in diesem Falle die Pacht nur auf Ein Jahr gilt, und mit Ablauf jedes Jahres, nach vorhergegangener gesetzmäßiger Aufkündigung, wieder aufgehoben werden kann, nur unter der Voraussetzung Anwendung findet, daß die Übergabe bereits erfolgt ist.

Denn die Einräumung der Pacht auch nur auf Ein Jahr ist jedenfalls eine theilweise Erfüllung, und zur Erfüllung soll, wie gezeigt, der Verpächter wider seinen Willen ebenso wenig gezwungen werden können, als der Pächter. Ist dagegen dem Letzteren das Gut vom Verpächter übergeben: so hat dieser seinerseits mit der Erfüllung freiwillig den Anfang gemacht. Es steht ihm zwar auch jetzt noch frei, da er durch einen rechtsgültigen Vertrag nicht gebunden ist, seinen Entschluß zu ändern, und das bereits übergebene Gut zurückzuforderen. Damit jedoch der Pächter, welcher aus der Übergabe auf die Geneigtheit des andern Contrahenten zur Erfüllung des Vertrages zu schließen berechtigt ist, durch eine plötzliche Sinnesänderung des Verpächters nicht in unerwartete Verlegenheiten und Schäden versetzt werde, verpflichtet das Gesetz den Letzteren, den Pächter in der, demselben freiwillig eingeräumten Pacht wenigstens ein Jahr hindurch zu lassen.

Diese Motive, welche dem §. 406. a. a. O. unstreitig zum Grunde liegen, fallen fort, wenn die Übergabe noch nicht erfolgt ist. Ohne die letztere bleibt daher der Vertrag ein unvollkommenes Geschäft, das in keiner Beziehung eine rechtliche Wirkung äußern kann; es mag nun die Erfüllung selbst, sei es auch nur auf Ein Jahr, oder statt deren eine Entschädigung verlangt werden.

Daß der §. 406. a. a. O. nur in diesem Sinne zu verstehen sei, ergiebt sich aber auch aus dessen Wortfassung. Es wird ausdrücklich gesagt, daß die Pacht, nicht der Pachtvertrag, nur auf Ein Jahr gelte, und hierdurch die erfolgte Einräumung des Pachtbesitzes deutlich vorausgesetzt. Dies bestätigt auch die unmittelbar folgende Bestimmung:

„und kann mit dem Ablaufe jeden Jahres, nach vorhergegangener Aufkündigung, wieder aufgehoben werden;"

da eine Aufhebung der Pacht nach Ablauf eines Jahres und nach erfolgter Aufkündigung, ohne vorhergegangene Einräumung des Pachtbesitzes, nicht denkbar ist.

Der dem Appellationsrichter gemachte Vorwurf, daß derselbe den, in dem oft gedachten §. 406. enthaltenen Rechtsgrundsatz verletzt habe, ist daher nicht begründet.

Hierdurch widerlegt sich zugleich die Behauptung des Klägers, daß die §§. 155. und 168. Tit. 5. Th. I. des A. L. R. auf einen Fall angewendet seien, für welchen sie nicht bestimmt sind. Diese gesetzlichen Vorschriften verordnen:

§. 155. „Ist in Fällen, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, derselbe blos mündlich geschlossen und noch von keinem Theile erfüllt worden, so findet daraus keine Klage statt."

§. 168. „Übrigens finden aus einem blos mündlichen Vertrage, wegen der, von dem einen oder dem andern Theile verweigerten Erfüllung, keine Forderungen von Entschädigungen oder Interesse statt."

Sie sprechen allerdings zunächst nur von dem Falle, wenn die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, derselbe aber blos mündlich geschlossen worden ist. Der blos schriftlichen Errichtung des Vertrages in einem Fall, in welchem die gerichtliche oder notarielle Form vorgeschrie-

ben ist, kann indeß nicht mehr Wirkung beigelegt werden, als dem nur mündlichen Vertrage. Der gesetzliche Grund, worauf die Vorschriften der §§. 155. und 168. a. a. O. beruhen, liegt darin, daß ein der Form nach ungültiger Vertrag überhaupt weder eine Klage auf Erfüllung, noch einen Anspruch auf Entschädigung gewährt, und nur durch Hinzutritt der freiwillig erfolgten Erfüllung geeignet ist, ein Rechtsverhältniß zu bilden. Dieser Grund findet aber unzweifelhaft auch dann Anwendung, wenn, gegen die Vorschrift der Gesetze, die gerichtliche oder notarielle Form versäumt und lediglich ein schriftlicher Vertrag errichtet worden ist.

№ 13.

Fideicommissarische Substitution. Erbe. Legatar. Transmission.

Bei der fideicommissarischen Substitution tritt der Erbe des Substituten an dessen Stelle, auch wenn der Substitut den Substitutionsfall nicht erlebt hat [1]).

1) Man sehe:

I. H. G. Geyert, die Lehre von den Vermächtnissen nach dem Allg. Preuß. Landrecht. Neue Auflage 1836. S. 256—263. Hier findet sich S. 261. u. flgd. nachstehende Ausführung:

„Nimmt der Institut das Legat an, so tritt die fideicommissarische Substitution ein, und nun erfolgt der Substitutionsfall erst mit dem Eintritt des Zeitpunktes, wo, nach der Anordnung des Testators, das Legat an den Substituten herausgegeben werden soll. Die Bestimmung dieses Zeitpunktes hängt von dem Willen des Erblassers ab, und kann in einer bestimmten Zeit, in dem Tode des jedesmaligen Besitzers, oder in dem Eintreten zufälliger Umstände

A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 467.; vgl. ebend.

---

bestehen. In dem Dasein dieses Zeitpunktes liegt die Bedingung des Erwerbs, bei deren Eintritt der Substitut erwerbsfähig sein muß (A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 460.). *Lebt aber der Substitut zu dieser Zeit nicht mehr, so treten seine Erben an seine Stelle.* Diese höchst wichtige Bestimmung, welche in unserm Gesetzbuche nicht ganz klar ausgesprochen ist, bedarf hier einer nähern Untersuchung. Das Recht zu einem Legate wird schon mit dem Tode des Erblassers erworben (a. a. O. §. 288.). Hiervon machen selbst bedingte Vermächtnisse, wie eben angeführt ist, keine Ausnahme, sondern eine Bedingung hat nur die Folge, daß erst bei ihrem Eintritte das Recht zum Legate in volle Wirkung tritt, d. h. der Legatar erhält nun erst das Eigenthum der vermachten Sache und das Recht auf die Früchte (a. a. O. §. 483.). Die Richtigkeit dieser Behauptung geht daraus hervor, daß der bedingt eingesetzte Legatar noch vor der Existenz der Bedingung, zu dem Erben in dem Verhältnisse eines Eigenthümers zum Nießbraucher steht, und daher nicht blos den Zufall trägt, sondern auch, gleich dem Eigenthümer gegen den Nießbraucher, in gewissen Fällen Caution fordern kann (a. a. O. §§. 480. 481.). Es wäre dies nicht möglich, wenn man nicht annehmen wollte, daß das Recht auf das Legat schon mit dem Tode des Erblassers dem bedingt eingesetzten Legatar anfällt. Bei einem bedingten Rechte aber ist nicht immer nöthig, daß der bedingt Berechtigte den Eintritt der Bedingung erlebt; vielmehr geht das ihm vermachte Recht auf seine Erben über, insoweit überhaupt bedingte Rechte auf die Erben übergehen können (a. a. O. §. 485.). Nun ist aber eine Substitution nichts weiter, als ein bedingtes Legat, wie — insbesondere auch daraus hervorgeht, daß zwischen dem bedingt eingesetzten Testaments-Erben und dem Intestat-Erben eben das Verhältniß, wie zwischen dem Fideicommissar und Fiduciar statt finden soll (a. a. O. §. 480.); also umgekehrt zwischen dem Fiduciar und Fideicommissar dasselbe Verhältniß eintreten muß, wie zwischen dem bedingt eingesetzten Testaments- und dem Intestat-Erben (a. a. O. §. 466.); und daß ferner bei eintretendem Substitutionsfalle der Legatar oder dessen Erben alles dasjenige, was sie vermöge des Legats aus dem Nachlasse erhalten haben, an den Substituten oder dessen Erben nach eben der Vorschrift, wie zwischen dem Nießbraucher und Eigenthümer festgesetzt ist, herausgeben müssen (ebend. §. 467.). Aus diesem Gesetz nun, und in

§. 485. [2]), Tit. 4. §§. 161. 163., Tit. 9. §§. 369. 370.

Der

Verbindung damit, daß eine jede Substitution nichts weiter als eine bedingte Einsetzung ist, also eben so beurtheilt werden muß, wie ein Vermächtniß mit einer aufschiebenden Bedingung, erhellt ganz klar, daß beim Substitutionsfalle die Erben des Substituten an dessen Stelle treten, wenn er nicht mehr lebt."

Derselben Meinung sind:

II. Göschel, über den Anfall eines, in einem wechselseitigen Testamente von beiden Testatoren gemeinschaftlich verordneten Fideicommisses oder Vermächtnisses, in unserer Zeitschrift Bd. II. S. 48. 49.

III. Bielitz, Commentar zum A. L. R. Bd. III. S. 177. (zu §§. 466. 467. Tit. 12. Th. I.).

Ferner vergleiche man:

IV. Crelinger, System des Preuß. Erbrechts S. 162., woselbst es heißt:

„Hinsichts des Substituten bewirkt die Substitution folgende Rechte:

1. er erwirbt mit dem Todestage des Testators ein Recht, und zwar:

a) wenn er unter einer wirklichen Bedingung oder unbestimmten Zeit (incertus an et quando oder auch blos an) substituirt worden ist, eine Hoffnung auf den künftigen Erwerb der Erbschaft;

b) wenn er unter einer wirklichen Zeitbestimmung (certus an, incertus quando) oder einem Ereignisse, welches nothwendig eintreffen muß, nachgesetzt worden, das Recht auf die künftige Erbschaft selbst.

Beides transmittirt er auf seine Erben, mit Ausnahme des Falles, wenn ad a) eine potestative Bedingung nur an die Person des Substituten geknüpft oder die Bedingung selbst nur zu seinem persönlichen Vortheile beigefügt worden ist (§§. 161. u. flgd. Tit. 4. Th. I. A. L. R.)."

V. Jung: Nach dem A. L. R. transmittirt der Legatar sein Recht auf das bedingte Legat auf seine Erben, wenn er auch den Eintritt der Bedingung nicht erlebt, in Hinschius juristischer Wochenschrift Jahrg. 1838 S. 777—786., besonders S. 783.

VI. Merckel, Commentar zum A. L. R. 2te Ausg. Th. I. S. 376. 377. (zu §. 467. Tit. 12. Th. I.). D. H.

2) Über den §. 485. a. a. O. wird in den Motiven zum neuen

Der im Jahre 1799 verstorbene Landjägermeister Graf von W. setzte in seinem, am 8. November dess. Jahres eröffneten Testamente seine vier Kinder, namentlich Henriette Luise, verehelichte Gräfin von M., Wilhelmine Johanne, späterhin verehelichte von Sch., Friederike Antoinette, verehelichte Kammer-Präsidentin von W., und Eugen Anton, imgleichen seine Ehegattin zu Erben ein; verordnete, daß die Letztere das lebenslängliche Eigenthum des Guts J. erhalten solle, und traf ferner im §. 8. des Testaments nachstehende Bestimmung:

„Um auch meinen Kindern eine Fürsorge für die Zukunft und meine wahre Liebe zu erkennen zu geben, will

---

Entwurf des Erbrechtes (Gesetzrevision — Pensum XVI.) S. 191, bemerkt:

„Der §. 485. soll die Frage entscheiden:

wie weit ein bedingtes Erbrecht oder Vermächtniß auf die Erben des eingesetzten Erben oder Legatars übergeht?

In dem gedruckten Entwurf war darüber nichts gesagt, und bei der revisio monitorum warf daher Suarez die Frage auf:

wie weit ein unter aufschiebender Bedingung eingesetzter Legatar sein Recht auf seine Erben transferire?

Er beantwortete dies dahin:

dies regulirt sich nach der Bestimmung des Tit. II. §§. 165. und 166. (des gedruckten Entwurfs). Ist die conditio mere casualis, oder zwar potestativa, aber nicht an die Person des Erben gebunden, so transmittirt derselbe sein jus conditionatum oder conditio implendi auch auf seine Erben. Das legatum ex die wird pure transmittirt, sobald der dies bei dem Erben des Legatarii so gut, als bei ihm selbst, existiren kann.

Auf den Grund dieser Bemerkung ist der §. 485. in das A. L. R. aufgenommen, welcher auf die Bestimmungen von Willenserklärungen und der dabei vorkommenden Zwecke und Zeitbestimmungen verweiset. Er entscheidet die von Suarez aufgeworfene Frage nicht mit der nöthigen Bestimmtheit; aber Suarez's vorhin angeführte Ansicht ist — abweichend von den Grundsätzen des Römischen Rechts ꝛc.“

D. H.

ich noch folgende Disposition treffen. Ich substituire meine zweite Tochter Wilhelmine Johanne ihrer Mutter in dem Besitz von J. dergestalt, daß sie dieses Gut, so wie solches bei dem Ableben ihrer Mutter sich befinden wird, erhalten soll, und, wenn diese meine Tochter ohne Erben versterben sollte, alsdann das Gut J. an meine älteste und jüngste Tochter und meinen Sohn zu gleichen Theilen übergehen soll."

In dem, unter dem 30. April 1801 zwischen den Erben errichteten Erbreceß ward, in Beziehung hierauf, Folgendes verabredet:

„Das Gut J. erhält die Wittwe, vermöge des §. 7. des Testaments, zum lebenslänglichen Eigenthume. Nach dem Absterben der Frau Wittwe fällt genanntes Gut der verehelichten Frau von Sch., gebornen Gräfin von W., mit der doppelten Obliegenheit anheim, daß sie ihrer jüngsten Schwester Friederike Antoinette jährlich 200 Thlr. zahlen muß, und daß ihr, nach ihrem Absterben ohne leibliche Kinder, keine testamentarische Disposition zusteht, sondern das Gut ihrer ältesten und jüngsten Schwester und ihrem Bruder zu gleichen Theilen zukommen soll."

Späterhin ward das Gut J., nach der Vereinigung sämmtlicher Erbinteressenten, verkauft, und das Kaufgeld Behufs der gerichtlichen Verwaltung unter dem Namen der J.schen Kaufgelder-Substitutionsmasse zum Depositum eingezahlt. Von dem, sonach an die Stelle des Guts J. getretenen Kapitale bezog die Frau von Sch., nach dem Tode ihrer Mutter, die Zinsen. Im December 1829 starb die Henriette Luise, verehelichte Gräfin von M., im Juni 1832 die Friederike Antoinette, verehelichte von W., beide mit Hinterlassung von Kindern

und Enkeln, und endlich am 8. März 1835 die Frau von Sch., ohne Kinder. Bei ihrem Tode war daher von den Kindern des Landjägermeisters Grafen von W., welche seiner zweiten Tochter, der Frau von Sch., in dem Gute J. substituirt waren, nur noch der Graf Eugen Anton von W. am Leben. Dieser trat sein Recht auf das vorgedachte, an die Stelle des Guts J. getretene Kapital seinem Adoptivsohne, dem Grafen Alfred von M.-W., ab, welcher sich für befugt hielt, das, durch den kinderlos erfolgten Tod der Frau von Sch. erledigte Kapital ausschließlich in Anspruch zu nehmen. Die Kinder und Enkel der verstorbenen Gräfin von M. und der verehelichten von W. erkannten jedoch diesen Anspruch des Grafen Alfred von M.-W. nicht an, und wurden gegen denselben klagbar, mit dem Antrage:

> die Kläger als Erben, beziehungsweise Erbeserben ihrer verstorbenen Mütter, der Frau von W. und der Gräfin von M., für wohlbefugt zu erklären, an die Stelle ihrer vorgedachten Erblasserinnen, an der J.schen Kaufgelder-Substitutionsmasse Theil zu nehmen, und den Verklagten nicht für berechtigt zu achten, als Cessionar des Grafen Eugen Anton von W. jene Masse allein in Anspruch zu nehmen.

Zur Begründung dieses Antrages ward von den Klägern die Ansicht geltend gemacht, daß ihre Erblasserinnen, welche den Testator, Landjägermeister Grafen von W., überlebt, nach der testamentarischen Bestimmung desselben, Rechte aus der angeordneten Substitution erworben, und diese Rechte, die sie, wegen ihres, vor dem Eintritte des Substitutionsfalles erfolgten Ablebens, nicht selbst ausüben können, auf ihre Descendenten übertragen hätten.

Dem widersprach jedoch der Verklagte. Er behaup-

tete vielmehr, daß, da die Gräfin von M. und die Frau von W. vor der zuerst substituirten Erbin, der Frau von Sch., verstorben, ihre Erben aus der weiteren Substitutions-Bestimmung keine Rechte erwerben können; überdies dürfe nicht das Testament, sondern der als ein Erbvertrag wirkende Erbreceß vom 30. April 1801 entscheiden; in diesem sei jedoch nur den Schwestern und dem Bruder der danach als Erblasserin anzusehenden Frau von Sch., im Falle des kinderlosen Ablebens derselben, ein Recht auf das Gut zugesichert, keinesweges aber den Abkömmlingen der genannten beiden Schwestern. Verklagter bat deshalb, die Kläger abzuweisen und die J.sche Kaufgeldermasse ihm, als Cessionar des Grafen Eugen Anton von W., allein zuzusprechen.

Der erste Senat des Oberlandesgerichts zu Breslau erkannte in dem, am 31. Januar 1837 eröffneten Urtel in der Convention ganz nach dem Antrage der Kläger, und in der Reconvention auf Abweisung des Verklagten.

Gegen diese Entscheidung wandte der Verklagte die Appellation ein. Durch das, am 3. April 1838 eröffnete Erkenntniß des zweiten Senats des Oberlandesgerichts zu Breslau ward aber das erste Urtel bestätigt. Der Appellationsrichter führte zur Rechtfertigung dieser Entscheidung insbesondere aus:

Die Ansicht des Verklagten, daß der Erbreceß vom 30. April 1801 als ein Erbvertrag betrachtet, und nicht der Landjägermeister Graf von W., sondern die Frau von Sch. als Erblasserin angesehen werden müsse, sei völlig unrichtig, da es keineswegs die Absicht der Erbinteressenten gewesen, das Testament des Grafen von W. aufzuheben, im Gegentheil von ihnen bezweckt worden, dasselbe

durch ihr Anerkenntniß zu bekräftigen und zu vollziehen. Wenn aber hiernach der Testator, Landjägermeister Graf von W., der Erblasser, und folglich die Kläger dessen fideicommissarische Erben seien, so stelle sich der Widerspruch des Verklagten nach §. 467. Tit. 12. Th. I. des A. L. R. als unbegründet dar.

Nunmehr legte der Verklagte die Nichtigkeitsbeschwerde ein, und gründete solche unter andern auf die Behauptung, daß der §. 467. a. a. O. auf einen Fall angewendet worden, wofür er nicht bestimmt sei, durch das Appellations-Urtel folglich ein Rechtsgrundsatz verletzt werde.

Das Geheime Ober-Tribunal verwarf indessen die Nichtigkeitsbeschwerde durch das, den 6. August 1838 ergangene Erkenntniß als unbegründet, und zwar in Rücksicht des eben gedachten Beschwerdepunktes aus folgenden

Gründen.

Der Verklagte behauptet die Nichtigkeit der, in der Appellations-Instanz ergangenen Entscheidung, weil der Richter den §. 467. Tit. 12. Th. I. des A. L. R. auf einen Fall angewendet habe, für den er nicht bestimmt sei. Der angeführte §. verordne:

„Bei eintretendem Substitutionsfalle muß der Erbe oder Legatarius, oder deren Erben, alles, was sie, vermöge der Erbeseinsetzung, oder des Legats, an Sachen oder Rechten aus dem Nachlasse erworben haben, in dem Stande, in welchem es sich zur Zeit der Übernehmung befunden hat, dem Substituten, oder dessen Erben, ohne den geringsten Auszug, nach eben den Vorschriften, die zwischen dem Nießbraucher und Eigenthümer festgesetzt sind, herausgeben."

Wenn hier vorgeschrieben sei:

„daß nach dem Tode des directen Erben der Nachlaß

dem Substituirten oder dessen Erben herausgegeben werden müsse,"

so sei dies nicht als ein allgemeiner Grundsatz, sondern nur als ein bedingter, insofern nämlich der Erbe des Substituten von dem Testator bedacht worden, anzusehen. Im vorliegenden Falle aber habe der Testator nicht angeordnet, daß, wenn die Kammer-Präsidentin von W. oder die Gräfin von M. vor ihrer Schwester, der von Sch., stürben, ihre Erben als Substituten eintreten sollten.

Diese Ansicht ist jedoch unrichtig. Wenn der Testator die Erben des Substituten in dem Testament ausdrücklich bedacht hat, so gehören diese alsdann mit zu den Substituten; es würde daher ganz überflüssig gewesen sein, solcher Erben in dem Gesetze durch den, im §. 467. enthaltenen Zusatz: „oder dessen Erben" noch besonders zu erwähnen. Ebenso müßig wäre dieser Zusatz, wenn man ihn etwa nur auf den Fall beziehen wollte, wo der Substitut den Tod des Fiduciars zwar erlebt hat, aber vor der wirklich erfolgten Ausantwortung der Erbschaft verstorben ist, weil unter dieser Voraussetzung sich von selbst ergiebt, daß die Erben des Substituten an seine Stelle treten müssen. Der Sinn jenes Zusatzes ist vielmehr der, daß, sofern nicht etwas Anderes im Testamente ausdrücklich angeordnet ist, die Erben des fideicommissarisch Substituirten dieselben Rechte haben sollen, als der fideicommissarische Substitut selbst. Dies wird klar, wenn man erwägt, daß der fideicommissarische Erbe demjenigen gleich steht, welcher unter einer aufschiebenden Bedingung, oder unter Beifügung einer ungewissen Zeit zum Erben ernannt ist; das bedingte Recht des Letzteren aber, obwohl der Erwerb des Eigenthums der Erbschaft von dem Eintritt der Bedingung oder der Zeit abhängt, auf seine Erben nach

§. 485. a. a. O. und §§. 161. und 163. Tit. 4. Th. I. ebendaselbst unzweifelhaft übergeht[3]).

Aus dem Testamente des Landjägermeisters Grafen von W. geht nicht hervor, daß der Erblasser eine Abweichung von diesen gesetzlichen Bestimmungen beabsichtigt habe, namentlich nicht, daß er seinen Sohn vor den Abkömmlingen seiner Töchter begünstigen wollen, nur seiner zweiten Tochter ist ein Vorzug zugedacht; nach deren kinderlosem Ableben aber sollen die Rechte seines Sohnes und seiner zwei anderen Töchter gleich sein.

№ 14.

Hypothekenforderung. Concurs. Erbschaftlicher Liquidationsproceß.

Im Concurse und, bei Unzulänglichkeit der Masse, im erbschaftlichen Liquidations-Processe, ist auch ein hypothekarischer Gläubiger befugt, die Gültigkeit eines ihm vorstehenden Hypothekenrechts anzufechten[1]).

3) Vergl. Note 1) № I—V. D. H.

1) Vgl.

I. Grävell, Commentar zur A. G. O. Th. VI. S. 34. 35.;
II. Merckel, Commentar zur A. G. O. Th. I. S. 645. (zu §. 54. Tit. 51. Th. I.);

III. Hinschius: Kann ein hypothekarischer Gläubiger, auch außer dem Falle des Concurses und des, eine Unzulänglichkeit der Masse ergebenden erbschaftlichen Liquidations-Processes, bei der Vertheilung der Kaufgelder des verpfändeten Grundstücks die Gültigkeit einer, vor der seinigen eingetragenen Forderung anfechten? in der juristischen Wochenschrift, Jahrg. 1839. S. 150 flgd.,

welche den Hypothekengläubigern eine gleiche Befugniß, sogar bei einem bloßen Kaufgelder-Vertheilungsverfahren, einräumen. D. H.

A. G. O. Th. I. Tit. 50. §§. 126. 127. 169. 174. 178., Tit. 51. §§. 64. 89.
Vgl. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §§. 733. u. flgd.

Der zweite Senat des Geheimen Ober-Tribunals hatte in Sachen der Geschwister Schneiderreit wider die Wittwe Hübsch folgenden Grundsatz angenommen:

„Der Einwand nicht gezahlter Valuta steht, außer dem Fall eines Concurses, lediglich dem Schuldner zu, und der später eingetragene Hypothekengläubiger, welcher bei der Kaufgeldervertheilung ausfällt, weil das angeblich simulirte Darlehn ihm voreingetragen steht, ist nicht legitimirt, die Richtigkeit der Schuld gegen den voreingetragenen Gläubiger anzufechten."

Der dritte Senat sprach dagegen demnächst in Sachen der Geschwister von Kolbe wider von der Goltz und Theilnehmer die Ansicht aus,

daß auch im Concurse der später eingetragene Hypothekengläubiger nicht befugt sei, die Richtigkeit der Forderung des voreingetragenen Gläubigers anzufechten.

Die Frage, soweit sich dabei eine Meinungsverschiedenheit herausgestellt hatte, gelangte daher vor das Plenum des Geheimen Ober-Tribunals, und von diesem wurde in der Sitzung vom 12. November 1838 entschieden,

daß in Concursen und Liquidations-Processen über insufficiente Nachlassenschaften jenes Anfechtungsrecht dem nachstehenden Hypothekengläubiger allerdings zustehe;

mit dem Zusatze:

daß die Frage, welche Wirkung der Wegfall der vorstehenden Forderung auf die Forderung des nachstehenden

Gläubigers habe, und ob namentlich Letzterer in die Stelle des Ersteren einrücke? als nicht aufgestellt, durch jene Entscheidung nicht berührt werde.

Die

Gründe

dieses Beschlusses waren folgende:

Die verschiedenen, auf einem und demselben Grundstücke eingetragenen Gläubiger stehen zwar unter sich in keinem obligatorischem Rechtsverhältnisse. Ein solches ist indeß auch nicht immer unbedingt erforderlich, um Jemand zur Klage gegen einen Andern zu befähigen. So ist namentlich der Besitzer des verpfändeten Grundstücks, auch wenn er dem Hypothekengläubiger für seine Person nicht verpflichtet sein sollte, unzweifelhaft befugt, gegen denselben z. B. auf Ertheilung einer förmlichen Quittung über eine, schon von dem frühern Besitzer geleistete Abschlagszahlung zu klagen.

Einer weiteren Widerlegung jenes, aus dem Mangel eines Rechtsverhältnisses unter den hypothekarischen Gläubigern hergenommenen Einwurfs gegen die Zulässigkeit eines Rechtsstreits unter denselben über die Richtigkeit ihrer Forderungen im Falle des Concurses bedarf es indeß bei der deutlichen Fassung der, in dieser Beziehung vorhandenen Bestimmungen der A. G. O. Th. I. Tit. 50. nicht. Unter den letzteren sind, als die erheblichsten, folgende hervorzuheben:

§. 126. „Ob es gleich eigentlich die Sache des Contradictors ist, die Richtigkeit und verlangte Priorität der liquidirten Forderungen zu prüfen und sich darüber zu erklären, so steht es dennoch auch den Gläubigern, welche nicht nur im Connotations-Termin zugegen sind, sondern auch die Verifications-Termine ab-

warten können, frei, selbst gegen solche Posten, die von dem Contradictor eingeräumt werden, Einwendungen zu machen und auf deren Erörterung anzutragen." — —

§. 127. „Ist der Creditor, welcher dergleichen Einwendungen macht, ein solcher, welcher selbst ein Interesse bei der Sache hat, d. h. vor welchem der Liquidant ein vorzügliches oder ein mit ihm gleiches Recht verlangt, so muß auf die Erinnerungen desselben, sie mögen die Richtigkeit oder die behauptete Priorität der Forderung betreffen, allemal Rücksicht genommen werden, und es steht ihm frei, selbst wenn der Contradictor und die übrigen Gläubiger diese Erinnerungen für unerheblich halten, auf die Instruction derselben zwischen ihm und dem Liquidanten, — — anzutragen."

§. 169. „Die eigentliche Appellation gegen das Classifications-Urtel steht sowohl dem Contradictor als den Gläubigern offen."

§. 178. „Wenn die Appellation eines Gläubigers die Forderung eines andern Mitgläubigers betrifft, welcher ihm vor oder gleich gesetzt ist, es mag nun die Richtigkeit und der Betrag dieser Forderung oder die derselben zuerkannte Priorität den Gegenstand der Beschwerde ausmachen, so muß das Appellationsverfahren nur zwischen diesen Gläubigern verhandelt werden." — —

Das Recht, welches hier den einzelnen betheiligten Gläubigern allgemein eingeräumt ist, ohne daß ein Unterschied zwischen den verschiedenen Kategorien von Liquidanten gemacht worden wäre, muß nothwendig den hypothekarischen Gläubigern ebenfalls zugestanden werden, da der Richter nicht unterscheiden darf, wo der Gesetzgeber dies nicht thut. Zu einer Ausschließung der hypothekarischen Gläubiger von jener Befugniß liegt auch in dem Wesen

ihres Rechts und ihres Verhältnisses zu den übrigen Gläubigern kein Grund vor. Es würde vielmehr zu einer bedeutenden Anomalie führen, wenn, nach Maaßgabe der angeführten Bestimmungen der Concurs-Ordnung, z. B. einem Gläubiger der vierten oder siebenten Klasse das Recht eingeräumt werden müßte, die Verität der Forderung eines Hypothekengläubigers anzufechten, dasselbe Recht aber einem später eingetragenen Realgläubiger, der doch viel näher steht, verweigert werden sollte.

Hiernach erscheint der, von dem Plenum angenommene Grundsatz vollkommen gerechtfertigt.

Für den Fall, daß das angefochtene Hypothekenrecht eines voreingetragenen Gläubigers, sei es wegen mangelnden Titels oder wegen Ungültigkeit der Forderung selbst, wirklich rechtskräftig verworfen wird, entsteht zwar noch die Frage: ob dies zur Folge hat, daß der dadurch freigewordene Betrag der Kaufgelder des verpfändeten Grundstücks den Gläubigern der dritten Klasse zu Gute kommt, oder ob derselbe zur Communmasse fließt? Diese Frage ist indeß nicht zur Berathung des Plenums gestellt; es liegt also auch verfassungsmäßig keine Veranlassung vor, dieselbe zu prüfen, oder auch nur den, gegen den angenommenen Grundsatz erhobenen Einwurf näher zu erörtern, daß jeder Hypothekengläubiger mit der einmal angenommenen Sicherheit — mit der einmal im Hypothekenbuche eingenommenen Stelle — sich begnügen müsse (A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 22.), und daher keinen Anspruch auf denjenigen Kaufgelderbetrag habe, welcher auf die voreingetragene Forderung gefallen sein würde, wenn dieselbe sich als rechtsgültig erwiesen hätte.

Allerdings ist nur derjenige Liquidant berechtigt, die Forderung seines Mitgläubigers anzufechten, der ein In-

teresse dabei hat, also von der Ausscheidung der bestrittenen Forderung wirklich einen Vortheil erwarten darf. Könnte nun ein Hypothekengläubiger von der Anfechtung der Forderung eines ihm vorstehenden Mitgläubigers unzweifelhaft niemals Vortheil haben, so würde auch keinem Hypothekengläubiger das Recht zu dieser Anfechtung eingeräumt werden dürfen. Allein, selbst wenn man zugiebt, daß die später eingetragenen Gläubiger das Percipiendum des, auf ihr Betreiben ausgeschlossenen voreingetragenen Gläubigers nicht statt seiner in der dritten Klasse in Anspruch nehmen können: so würde jenes Percipiendum doch jedenfalls zur Communmasse fließen, und bei der Vermehrung der letzteren haben auch die Hypothekengläubiger insofern ein Interesse, als sie wegen ihres Ausfalls in der dritten Klasse, nach den §§. 392. 452. Tit. 50. Th. I. der A. G. O. aus der Gemeinmasse ihre Befriedigung in der vierten, fünften oder sechsten Klasse zu fordern berechtigt sind. Ob sie aber hiermit sich begnügen müssen, oder das ganze Percipiendum ausschließlich für sich bei der Immobiliarmasse in Anspruch nehmen können, darüber ist, wie bemerkt, hier keine Entscheidung zu treffen.

Eine Klasse von Hypothekengläubigern kann zwar nur alsdann einen Vortheil von der Anfechtung der Forderung eines Mitgläubigers haben, wenn wirklich anzunehmen ist, daß das Percipiendum des Letzteren den Gläubigern der dritten Klasse zufällt. Zu dieser Klasse gehören diejenigen Gläubiger, denen nicht zugleich ein persönliches Forderungsrecht an den Gemeinschuldner zusteht. Diese nehmen an der Gemeinmasse keinen Theil, sie würden also das Hypothekenrecht ihres Mitgläubigers, wenn dessen Percipiendum jedenfalls zur Gemeinmasse gezogen werden müßte, ohne Interesse bestreiten, und deshalb nicht legitimirt

sein, die Gültigkeit seiner Forderung anzufechten. Ob das Letztere aber hinsichtlich solcher Gläubiger, welchen der Gemeinschuldner nicht persönlich verhaftet ist, wirklich anzunehmen sei, dies muß ebenfalls dahin gestellt bleiben, weil diese Frage davon abhängt:

wem das Percipiendum des ausgeschiedenen Hypothekengläubigers zufällt?

und hierüber eine Entscheidung zu treffen, kein Grund vorliegt.

№ 15.

Kirchenpatron. Kirchenvorsteher. Geistliche Obern. Staatsoberaufsichtsrecht. Proceß-legitimation.

I. Kirchenpatrone sind nicht ermächtigt, Processe wegen des Kirchen- und Pfarrvermögens für sich allein zu führen, wenn die Kirchenvorsteher unter Zustimmung der geistlichen Obern ihren Beitritt zu denselben verweigern.

A. L. R. Th. II. Tit. 11. §§. 650—659.; vgl. ebend. §§. 568. 552. 585. 774.

II. Im Fall einer solchen Weigerung haben die Königlichen Provincial-Regierungen, vermöge des Oberaufsichtsrechtes des Staats über das Kirchen- und Pfarrvermögen, blos die Befugniß, die geistlichen Obern zur Wahrnehmung der Rechte der betheiligten Kirchengemeinde im Verwaltungs-

wege zu veranlassen, nicht aber den Proceß selbst zu führen [1]).

A. L. R. a. a. O. §§. 161. 162. 167. 168.; vgl. ebend. §. 659.

Das Patronatrecht über die katholische Kirche zu Pudewitz gebührt dem Landesherrn, und wird von der Königlichen Regierung zu Posen verwaltet. Bei Gelegenheit einer Vererbpachtung der, zur Kirche gehörigen Pfarrländereien erhielt der Pfarrer von den Erbpächtern die Summe von 833 Thlrn. 10 Sgrn. Die Königliche Regierung glaubte diesen Betrag als einen Theil des Erbstandsgeldes ansehen zu müssen, obgleich die Erbpächter die, im Vertrage übernommenen Leistungen außerdem schon erfüllt hatten, und erhob Namens des Fiscus, als des Patrons, gegen den Pfarrer Klage auf Bezahlung der angegebenen Summe. Der Verklagte bestritt den Anspruch, indem er behauptete, daß die gezahlten 833 Thlr. 10 Sgr. ein freies Geschenk der Erbpächter seien, welches er zu kirchlichen Zwecken verwendet habe, und trat hierüber den Beweis an. Das vormalige Landgericht zu Posen verurtheilte am 4. Juni 1834 den Verklagten

zur Zahlung der eingeklagten Summe an den Fiscus, als Patron der klagenden Kirche, und an das Kirchen-Collegium,

indem es in dem Erkenntniß die Kirche zu Pudewitz, vertreten durch die Königliche Regierung zu Posen, als klagenden Theil bezeichnete.

---

1) Vgl. Rescript vom 23. August 1822 (Jahrbücher Bd. XX. S. 35.). D. H.

Das Ober-Appellationsgericht zu Posen veranlaßte in der zweiten Instanz den Beitritt der Kirchenvorsteher zu dem Processe; die fiscalische Behörde erklärte deren Zuziehung, weil der Patron auch allein zur Sache legitimirt sei, zwar für überflüssig, ließ sich aber dieselbe ebenso gefallen, wie der Verklagte.

Das, am 7. November 1836 ergangene Appellationsurtel vertraute dem Verklagten einen Eid darüber an:

daß er die eingeklagte Summe nicht als Einkaufs- oder Erbstandsgeld erhalten habe.

Die Kirchenvorsteher erklärten, sich bei diesem Urtel beruhigen zu wollen; die fiscalische Behörde dagegen legte die Revision ein, deren Zulässigkeit der Verklagte in Abrede stellte, weil der Fiscus, als Patron, für sich allein zur Fortsetzung des Processes nicht legitimirt sei.

Das Geheime Ober-Tribunal resolvirte am 23. September 1837:

daß, gemäß des §. 659. Tit. 11. Th. II. des A. L. R., die Erklärung der geistlichen Obern über die Fortsetzung des Processes zu erfordern, und eventuell mit dem, von denselben der Kirche zu bestellenden Anwalt weiter zu verfahren sei.

Das instruirende Gericht wandte sich demzufolge an das erzbischöfliche Consistorium in Gnesen. Dieses ließ mit den Kirchenvorstehern verhandeln, und billigte hiernächst deren wiederholt ausgesprochenen Entschluß, gegen das Appellations-Erkenntniß ein Rechtsmittel nicht einwenden zu wollen; die Königliche Regierung aber erklärte, daß sie, ungeachtet das erzbischöfliche Consistorium der Ansicht der Kirchenvorsteher beigetreten sei, „von landesherrlicher Oberaufsicht wegen," wie sie sich ausdrückte, auf der Revision bestehe, und Entscheidung in dritter Instanz verlange.

Das Geheime Ober-Tribunal erkannte hierauf am 30. April 1838, daß die eingelegte Revision für nicht devolvirt zu achten.

Gründe.

Der Einwand des Verklagten, daß der Patron allein das Rechtsmittel der Revision einzuwenden nicht befugt sei, erscheint begründet.

Revidentin hält den Kirchenpatron zur Anstellung und Fortsetzung eines Processes, wie der vorliegende, für sich allein berechtigt, weil nach §. 568. Tit. 11. Th. II. des A. L. R. dem Patrone die unmittelbare Aufsicht über die Kirche, nebst der Sorge für deren Erhaltung und Vertheidigung obliege, in dieser Verbindlichkeit auch das entsprechende Recht enthalten sei, und kein Gesetz bestimme, daß der Patron seine hieraus hervorgehende Befugniß nur in Gemeinschaft mit den Kirchenvorstehern ausüben dürfe. Namentlich sei in den §§. 650. u. flgd. a. a. O., die allein von Processen der Kirchengemeinden handeln, eine solche Beschränkung nicht enthalten. Überdies habe auch der Patron ein eigenes, selbstständiges Interesse bei der Erhaltung des Kirchen- und Pfarrvermögens.

Ein Interesse der Art ist zwar nicht in Abrede zu stellen, indessen haben die Eingepfarrten ebenfalls ein solches, und dennoch ist keinem einzelnen Mitgliede einer Kirchengemeinde gestattet, Processe über Gegenstände des Kirchen- oder Pfarrvermögens zu führen; diese Rücksicht kann daher nicht entscheiden.

Die Worte des in Bezug genommenen §. 568. a. a. O. des A. L. R.:

„Derjenige, welchem die unmittelbare Aufsicht über eine Kirche, nebst der Sorge für ihre Erhaltung und Vertheidigung obliegt, wird der Kirchenpatron genannt;"

ent-

enthalten eine Definition des Patronatrechts, aus welcher der, von der Revidentin aufgestellte Satz sich wohl herleiten ließe, wenn der Umfang der, im Patronate enthaltenen Befugnisse im Gesetze gar nicht näher bestimmt wäre. Das Letztere ist jedoch geschehen, und deshalb können die Rechte des Kirchenpatrons aus jener Definition nur so weit entnommen werden, als die anderweitigen specielleren Vorschriften über diese Rechte es gestatten. Es weiset nun der §. 585. a. a. O. den Patron an, Verwalter des Kirchenvermögens zu bestellen, von denen er Rechnungslegung fordern darf, und der §. 619. a. a. O. überträgt, gemäß dem Principe des §. 217. ebend., den, vom Patrone bestellten Kirchenvorstehern [2]) die Verwaltung des Kirchenvermögens. Der ganze „von der Verwaltung der Güter und des Vermögens der Pfarrkirchen" handelnde Abschnitt 9. (§§. 618—771.) a. a. O. redet von den Rechten und Pflichten dieser Kirchenvorsteher und Verwalter, und räumt dem Patron nur die Beaufsichtigung derselben, so wie eine Controle ihrer Thätigkeit ein. So sollen namentlich die Vorsteher nach den §§. 629. 632. u. 637. a. a. O. Capitalien ohne Genehmigung des Patrons nicht aufkündigen, erheben oder ausleihen, und nach den §§. 647. 668. u. flgd., 686. u. flgd., 700. u. flgd. a. a. O. bei Vermiethung, Verpachtung oder Verkauf von Grundstücken, oder bei vorfallenden Bauten und Reparaturen, wie bei jeder außerordentlichen Ausgabe aus dem Kirchenvermögen überhaupt, die Zustimmung des Patrons einholen. Immer aber bleiben die Vorsteher die Ausführenden, und der Patron kann nur mit ihnen oder beziehungsweise durch dieselben, niemals aber al-

2) Vgl. §. 552. a. a. O. D. H.

lein, oder gar gegen ihren erklärten Willen, bei der Vermögensverwaltung nach außen hin handelnd auftreten.

In gleicher Weise verordnet, in Bezug auf die Führung von Processen, der §. 650. ebend.:

„Wenn die Kirche wegen ihrer Güter und ihres Vermögens in Processe verwickelt wird, so liegt der Betrieb derselben den Vorstehern ob;“

und der §. 651. verpflichtet den Patron nur,

die Vorsteher in Ausführung und Vertheidigung der Kirchengerechtsame zu unterstützen.

Nach §. 652. müssen, wenn eine Kirche Klägers Stelle vertreten soll, der Patron und die Vorsteher vorher die Genehmigung der geistlichen Obern dazu einholen, was gewiß nicht dafür spricht, daß der Patron einseitig Namens der Kirche klagen dürfe, und nach §. 658. ebend. ist die Vollmacht zum Betriebe eines Processes von dem Patrone und den Kirchenvorstehern auszustellen.

Was in den angeführten Gesetzstellen vom Kirchenvermögen vorgeschrieben ist, das gilt aber auch vom Pfarrvermögen. Das Letztere ist eben nur derjenige Theil des Kirchenvermögens, welcher speciell zum Unterhalte des Pfarrers und der übrigen Kirchenbeamten bestimmt ist, §. 772. ebend. Es unterscheidet sich von dem übrigen Kirchenvermögen, dem Kirchenvermögen im engern Sinne, mit welchem es nach §. 774. gleiche Rechte hat, allein durch diese besondere Bestimmung und den hieraus fließenden Nießbrauch des Pfarrers, im Übrigen aber wird Beides als ein Eigenthum der Kirchengemeinde oder Kirchengesellschaft betrachtet; §§. 160. 170. u. flgd., 217. a. a. O. Daher concurriren auch die Kirchenvorsteher und der Patron bei den, das Pfarrvermögen betreffenden Angelegenheiten, soweit es sich nicht blos um die Nießbrauchsrechte des Pfar-

rers handelt, in ähnlicher Weise wie bei dem eigentlichen Kirchenvermögen; §§. 779. 782. 789 u. flgd., 803. 807. und 808. ebend.

Hiernach kann die, von der Königl. Regierung, Namens des Fiscus in der Eigenschaft als Patron der Pfarrkirche zu Pudewitz, allein angebrachte Revision nicht für statthaft erachtet werden.

Die Königliche Regierung besteht, nach ihrer letzten Erklärung, zwar noch auf Fortsetzung der Revision „von landesherrlicher Oberaufsicht wegen," damit giebt sie aber jetzt eigentlich den ursprünglichen Klagegrund auf, welcher in dem vermeintlichen Rechte des Kirchenpatronates gefunden wurde, und bringt statt dessen ein ganz neues Element in den Proceß. Dies ist jedoch nicht zulässig. Denn, wenn selbst das, dem Staate unzweifelhaft zustehende Oberaufsichtsrecht über das Kirchenvermögen die Befugniß enthalten sollte, auch gegen den Willen der, durch die Kirchenvorsteher vertretenen Kirchengemeine einen Proceß über das Kirchenvermögen zu führen, so könnte dies doch nicht erst durch den Eintritt der Staatsbehörde, als neuen Klägers, in die dritte Instanz eines, bis dahin von ganz andern Parteien, nämlich von dem Kirchenpatrone und den Kirchenvorstehern, betriebenen Rechtsstreites geschehen, vielmehr nur in einem neuen, auf jenes Oberaufsichtsrecht des Staates von Hause aus gegründeten Verfahren.

Allein es darf auch das Oberaufsichtsrecht des Staates nicht in diesem Maaße ausgedehnt werden. Das A. L. R. bestimmt a. a. O.:

§. 161. „Das Kirchenvermögen steht unter der Oberaufsicht und Direction des Staats."

§. 162. „Der Staat ist berechtigt, darauf zu sehen,

daß die Einkünfte der Kirchen zweckmäßig verwendet werden."

§. 167. „Das Kirchenvermögen steht unter der Aufsicht der geistlichen Obern."

§. 168. „Diese sind schuldig, für die Unterhaltung und zweckmäßige Verwendung desselben, nach der Verfassung einer jeden Kirchengesellschaft, zu sorgen."

Es liegt demnach in dem Oberaufsichtsrechte nur die Befugniß der betreffenden Staatsbehörde, in dem geordneten Wege der Verwaltung und nach Maaßgabe des Ressortverhältnisses, die geistlichen Obern, denen die Aufsicht über das Kirchenvermögen zunächst gebührt, zur Wahrnehmung der Rechte der betheiligten Kirchengemeine zu veranlassen, so daß der Proceß seinen Fortgang immer nur für die letztere behält, die dann nicht, wie gegenwärtig, als widersprechend, sondern als mit dieser, ihr Eigenthum betreffenden Maaßregel übereinstimmend anzusehen sein würde. Diesen Weg hat die Königliche Regierung nicht eingeschlagen; der Richter aber kann über die Meinungsverschiedenheit zwischen derselben und dem erzbischöflichen Consistorium nicht entscheiden, sondern muß nach dem schon angeführten §. 659. dabei stehen bleiben, daß die, in dieser Gesetzstelle für competent erklärten geistlichen Obern die Weigerung der Kirchenvorsteher gebilligt haben.

№ 16.

Münster. Gütergemeinschaft. Ehegatte. Veräußerung.

Im Fürstenthum Münster ist ein, in der dort geltenden Gütergemeinschaft lebender Ehegatte nicht berech-

tigt, den ganzen Inbegriff des gemeinschaftlichen Vermögens ohne Zustimmung des andern zu veräußern [1]).

Polizei-Ordnung der Haupt- und Residenz-Stadt Münster in Westphalen vom 18. Januar 1592. Cap. V. und VII., und Adjectum II. anno 1607 (1601) in Decembri (zu Cap. V.) [2]).

Die, mit ihrem Ehemanne in der provinciellen Gütergemeinschaft des Fürstenthums Münster lebende Ehefrau des Auctionators Delffmann, geborne Dickmann, schloß unterm 12. Juni 1836 mit dem Actuarius Reder, ihrem Sohne aus einer früheren Ehe, vor Notar und Zeugen einen Contract, Inhalts dessen sie dem ꝛc. Reder das Eigenthum ihres gesammten Immobiliar- und Mobiliar-Vermögens nach einem beigefügten Verzeichnisse übertrug,

---

1) Man vgl.:

I. Scheffer, genannt Boichorst, Bericht an das Königl. Justizministerium über die Münstersche Gütergemeinschaft vom 22. October 1804. (Jahrb. Bd. XXXIV. S. 16—47.), besonders № 14—17. (S. 20.) und № 63. unter 7. (S. 46.).

II. Maurenbrecher, über die, im Erbfürstenthume Münster geltende Gütergemeinschaft (Jahrb. Bd. XXXII. S. 221—292.), hauptsächlich §. 9. (S. 240—247.), und desselben Nachtrag zu dieser Abhandlung (a. a. O. Bd. XXXVII. S. 16.).

III. Deiters, die eheliche Gütergemeinschaft nach dem Münsterschen Provincialrecht ꝛc. Bonn 1831. §. 64. S. 183. u. flgd.

D. H.

2) Abgedruckt in Schlüter, Provincialrecht der Provinz Westphalen, Bd. I. S. 117—154. Über dieselbe vgl. man von Kamptz, die Provincialrechte in der Preuß. Monarchie Bd. II. S. 506. 507., und Deiters, a. a. O. §. 44. S. 109. u. flgd. D. H.

wogegen der rc. Reder sich verpflichtete, sämmtliche auf diesem Vermögen haftende Schulden zu übernehmen, und seine Mutter lebenslänglich unentgeltlich zu unterhalten.

Zugleich ward im §. 3. des Contracts bestimmt:

„Die Übergabe des übertragenen gesammten Vermögens soll als geschehen betrachtet werden, und verspricht die Ehefrau Delffmann, den Besitz dieses, ihr von dem Actuarius Reder in Gewahrsam gelassenen Vermögens von jetzt an nur in dessen Namen auszuüben."

Der Ehemann der verehelichten Delffmann war bei diesem Vertrage nicht zugezogen worden, obwohl das, dem letzteren beigefügte Verzeichniß des, auf den rc. Reder übertragenen Vermögens den ganzen Inbegriff der gemeinschaftlichen Güter der Delffmannschen Eheleute umfaßte. Am Tage nach Abschluß des Contracts suchte Reder auf Grund desselben bei dem Land- und Stadtgerichte zu Warendorf gegen den Auctionator Delffmann, der, nach seiner Behauptung, einen Verkauf des Mobiliars beabsichtigte, ein, auch sofort erlassenes Veräußerungsverbot nach, und bat zugleich,

ihm das Eigenthum des gesammten, im Delffmannschen Hause befindlichen, auf 810 Thlr. gerichtlich abgeschätzten Mobiliars zuzuerkennen.

Dieser Antrag wurde als eine Intervention betrachtet und der Proceß eingeleitet.

Der Verklagte verlangte die Abweisung des Klägers. Er hielt den, ohne seine Zuziehung geschlossenen und, nach seiner Behauptung, eigentlich nur eine Schenkung enthaltenden Contract für ungültig, weil der Kläger bei Abschluß desselben einsehen müssen, daß Verklagter durch den Vertrag gänzlich um das Seinige gebracht werde, und sich daher offenbar in bösem Glauben befunden habe. Außer-

dem wandte er ein, daß das Eigenthum des in Anspruch genommenen Mobiliar-Vermögens auf den Kläger nicht übergegangen sein könne, da er, Verklagter, fortwährend im Besitze desselben geblieben, und die, im §. 3. des Contracts enthaltene Erklärung nicht hinreichend sei, ihm diesen Besitz zu entziehen.

Das Land- und Stadtgericht zu Warendorf erachtete in seinem, am 12. October 1836 eröffneten Urtel die Einwendungen des Verklagten, mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Münsterschen Provincialrechts, für unerheblich, und sprach dem Kläger das Eigenthum des, von der verehelichten Delffmann vermöge notariellen Contracts vom 12. Juni 1836 erworbenen Mobiliar-Vermögens zu.

Der Verklagte appellirte. Der zweite Senat des Oberlandesgerichts zu Münster hielt auch den Einwand desselben, daß Kläger sich im bösen Glauben befunden haben müsse, für durchgreifend, änderte demgemäß durch das, am 18. April 1837 eröffnete Urtel die Entscheidung erster Instanz ab, und erkannte auf Abweisung des Klägers.

Nunmehr ergriff der Kläger die Revision. Das Geheime Ober-Tribunal bestätigte indeß unterm 22. September 1838 das zweite Erkenntniß.

Gründe.

Der Richter erster Instanz hat seinen Entscheidungsgründen die Behauptung an die Spitze gestellt:

daß nach dem unzweifelhaften Münsterschen Provincialrechte die verehelichte Delffmann wohl befugt gewesen sei, über die ganze gemeinschaftliche Gütermasse einseitig, ohne Vorwissen und Willen des Ehemannes, rechtsgültig zu verfügen.

Auch der Appellationsrichter widerspricht dieser Behaup-

tung nicht geradezu, sondern meint nur, daß im vorliegenden Falle die Übertragung des Eigenthums auf den Kläger mit rechtlicher Wirkung um deshalb nicht geschehen können, weil derselbe sich in bösem Glauben befunden haben müsse, und namentlich doloser Weise ein constitutum possessorium habe versprechen lassen, um dadurch den Verklagten der Mittel zu berauben, sich durch gerichtliche Verbote gegen die nachtheiligen Dispositionen seiner Ehefrau sicher zu stellen.

Als Belag für den behaupteten, oben erwähnten Grundsatz des Münsterschen Provincialrechts werden die Münstersche Polizeiordnung vom 18. Januar 1592 Kap. VII. und das Adject. II. vom December 1607 (1601)[3]), so wie Schlüter, Provincialrecht der Provinz Westphalen, Bd. I. §§. 73. und 74., und Welter, die Münstersche eheliche Gütergemeinschaft[4]), angeführt.

---

3) Vgl. Deiters, a. a. O. S. 129. und Note r).

D. H.

4) Welter, in der angeführten Schrift (Münster 1829), bemerkt S. 48.:

— — „Die Polizeiordnung giebt denn auch jedem Ehegatten die Befugniß, einseitig über die ganze, zur Gemeinschaft gehörige Vermögensmasse frei und unbeschränkt zu verfügen, und erklärt alle Verträge, welchen Namen sie auch haben mögen, und ohne Unterschied, ob sie einseitig von dem Manne oder einseitig von der Frau geschlossen sind, für vollkommen gültig, und für beide Eheleute, mithin auch für den nicht mit contrahirenden Theil, vollkommen verbindend. Ganz deutlich bestimmt dies das Adjectum von 1607 in den Schlußworten desselben ꝛc. Diese Regel bestätigt ganz vorzüglich auch die Erbpachtordnung in Tit. VII. §. 30., wo von den Beschränkungen die Rede ist, welchen die Erbpächter bei der, unter ihnen eintretenden Münsterschen Gütergemeinschaft unterworfen sein sollen. — Nicht also der Mann allein, sondern auch die Frau ist zu der Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens berechtigt,

An der allegirten Stelle der ersteren Schrift heißt es auch mit Bezugnahme auf die gedachte Polizeiordnung Kap. V. Adjectum II. vom J. 1607 (1601):

§. 73. „Zufolge dieser allgemeinen Gütergemeinschaft hat jeder der beiden Eheleute, gleich nach Vollziehung der Ehe durch die priesterliche Trauung, an den beiderseits in die Ehe gebrachten und während der Ehe erworbenen und ererbten Gütern ein condominium pro indiviso, ein Gesammteigenthum, und jeder Ehegatte kann darüber ohne Mitwirken des andern gültig unter den Lebendigen verfügen." — —

§. 74. „Wenn ein Ehegatte nachtheilige Veräußerungen und Verpflichtungen durch den andern nicht leiden will, so kann er gerichtliche Verbote dagegen nachsuchen." — —

Der hier angeführte provincialrechtliche Grundsatz ist auch fast wörtlich in den revidirten Entwurf des Provincialrechts des Fürstenthums Münster (Berlin 1836)

---

und alle, in Hinsicht desselben von dem einen oder anderen Ehegatten vorgenommene Handlungen, soweit diese nicht in Verschwendung ausarten, und dieserhalb gerichtliche Inhibitorien nachgesucht sind, müssen als zu Recht bestehend angesehen werden;"

und ferner S. 56.:

„Überhaupt ist es allgemeine Regel der Münsterschen Gütergemeinschaft, daß jeder Ehegatte nach Gutbefinden über die gemeinschaftliche Vermögensmasse und einzelne Theile derselben rechtsbeständig disponirt, und durch seine Verfügung den andern bindet, und daß ebenso jedes in der Ehe sich ereignende Unglück beide Eheleute und deren gemeinschaftliche Gütermasse trifft.

Nach allem diesen kann also jeder Dritte mit jedem Ehegatten, mit dem Manne ohne Vorwissen und Willen der Frau, und mit der Frau ohne Vorwissen und Willen des Mannes, sich in Verträge gültiger Weise einlassen; die gemeinschaftliche Gütermasse beider Ehegatten haftet ihm, kraft der Gütergemeinschaft, worin diese leben, für die Rechte und Vortheile, die er in dem Vertrage einseitig durch und gegen den einen Ehegatten erworben hat." D. H.

§§. 34. und 35.[5]) aufgenommen, und bei den Berathungen mit den Ständen ist, nach den Motiven zu dem eben angeführten Entwurfe S. 12. und 13., auf den Grund der Polizeiordnung, in welcher, wie es S. 8. a. a. O. heißt, das uralte Recht durch schriftliche Abfassung gegen das gemeine Recht in Sicherheit gestellt worden, als unzweifelhaft erachtet, daß im Münsterschen jeder Ehegatte über das gemeinschaftliche Vermögen unter Lebenden gültig einseitig verfügen könne.

Wenn man nun auch hiernach und nach dem übereinstimmenden Zeugnisse der Richter erster und zweiter Instanz annehmen will, daß den, selbst einseitig vorgenommenen Dispositionen eines Ehegatten im Münsterschen rücksichtlich der, zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörigen Gegenstände im Allgemeinen die rechtliche Wirksamkeit nicht abgesprochen werden könne, so folgt doch daraus immer noch nicht, daß diese Dispositionsbefugniß der Ehegatten in dem Grade ausgedehnt sei, wie im vorliegenden Falle der Kläger behauptet, und der erste Richter annimmt. Es kommt vielmehr zunächst auf eine Prüfung an, ob aus der angegebenen Quelle jener provincialrechtlichen Norm die

---

5) Es heißt a. a. O.:

§. 34. „Nach dieser allgemeinen Gütergemeinschaft hat jeder der beiden Eheleute, gleich nach Vollziehung der Ehe durch die priesterliche Trauung an den, von beiden Seiten in die Ehe gebrachten und während der Ehe erworbenen oder ererbten Gütern, ein ungetheiltes Gesammteigenthum (condominium pro indiviso), über welches jeder Ehegatte, ohne Mitwirkung des Andern, gültig unter Lebendigen verfügen kann.“

§. 35. „Ein Ehegatte kann gegen nachtheilige Verfügungen und Verpflichtungen durch den Andern sich nur durch gerichtliche Verbote schützen.“ D. H.

Dispositionsbefugniß der Ehegatten in dem behaupteten Umfange herzuleiten ist.

Es lautet aber die betreffende Stelle des Adjectum II. vom December 1607 (1601) zu Kap. V. der Polizeiordnung: „Als auch auß täglicher Erfahrung befunden wird, daß etliche unsererer Bürgere gantz unbedachtsamb ohne einig Vorwissen vielweniger Belieben ihres Ehegaden sich verbürgen, und also ihre Kinder und Ehegaden zu Zeiten in äusserſten Beschwär stellen, haben Wir deme vorzukommen Uns mit Alder- und Meisterleuthen verglichen, wofern hinführo ohne Vorwissen und Belieben, seines Ehegadem Mann oder Fraw sich für Jemand zum Bürgen einlassen würde, daß solche Bürgzahl an sich, soviel den Ehegaden betrifft, so dazu nicht bewilliget, unkräfftig, und der oder dieselbige von den Ehegaden, so nicht gewilliget, wie auch da der Mann oder die Fraw vor den Ehestand mit einigen entweder selbst gemachten oder auch von den Elteren ererbten Schulden beladen sein mögte, wider seinen Willen zu tragen nicht schuldig, sonderen da Er oder Sie solche Schulden freywilliglich nicht annehmen wolte, alsdan das angebrachte Gut getheilt, wie auch was in stehender Ehe erspart, gewunnen und erworben, zum halben Theil für sich zu behalten, daß andere den Creditoren zu belassen mächtig sein, andere *Contractus* aber in Kauffhandlungen, und sonsten wie die auch einen Namen haben mögen, auß denen sowohl ersparten als angebragten Güteren, sie seien gleich von dem Mann oder Frawen herkommen, verrichtet werden, und nach allen Gebrauch *communio bonorum* desfalls statt haben und behalten sollen.“

Aus dieser Vorschrift ergiebt sich zwar, daß nach dem Münsterschen Provincialrechte

1. jeder beider Ehegatten, selbst ohne Genehmigung des Andern, Verpflichtungen eingehen kann, Bürgschaften ausgenommen, und

2. daß auch für solche einseitige Verpflichtungen, mit Ausschluß vorehelicher und ererbter Schulden, das gemeinschaftliche Vermögen beider Ehegatten verhaftet sein soll.

Es scheint aber aus dem ganzen Zusammenhange der Stelle hervorzugehen, daß hier überhaupt nur von eingegangenen passiven Schuldverpflichtungen die Rede ist; über die Befugnisse der Ehegatten dagegen, einseitige Dispositionen über das vorhandene Activvermögen zu treffen, das Gesetz nichts hat festsetzen wollen, wie denn namentlich auch nur Kaufhandlungen, nicht Verkäufe, erwähnt werden. Will man indeß, weil das Gesetz von Contracten im Allgemeinen spricht, die Worte desselben auch auf Verfügungen über die Substanz des gemeinschaftlichen Vermögens beziehen, und daraus eine Bestätigung der, bei den ständischen Berathungen als feststehend angenommenen Observanz herleiten, daß solche Dispositionen ebenfalls mit rechtlicher Wirkung von jedem der Ehegatten einseitig vorgenommen werden dürfen, so ist doch in dem Gesetze nicht im entferntesten ausgesprochen, daß ein Ehegatte auch sogar den ganzen Vermögens-Inbegriff beider Eheleute einseitig einem Dritten gültig übertragen könne, vollends wenn solches, wie hier, blos gegen Übernahme der vorhandenen Schulden und die Verpflichtung zur Ernährung des Veräußernden geschieht. Es wird vielmehr ausdrücklich bestimmt, daß in Betreff solcher Contracte

nach allem Gebrauch communio bonorum desfalls statt habe.

Sollen diese Worte, auf Verfügungen über das Activvermögen angewendet, einen Sinn haben, so kann man sie nur dahin verstehen, daß auch Contracte hinsichts dieses Vermögens ganz nach den Grundsätzen von der Gütergemeinschaft zu beurtheilen sind. Durch die Gemeinschaft der Güter wird nicht nur überhaupt, sondern namentlich auch nach dem Münsterschen Provincialrechte, wie die vorigen Richter und die von ihnen angeführten Schriftsteller übereinstimmend annehmen [6]), unter den Eheleuten ein condominium pro indiviso begründet, d. h. es steht ihnen an dem Inbegriffe des gemeinschaftlichen Vermögens ein Miteigenthum nach ideellen Theilen zu [7]). Aus dem Begriffe dieses Miteigenthums folgt aber von selbst, daß jede willkürliche Disposition des einen Miteigenthümers über das Recht des andern und vollends eine einseitige Vernichtung desselben nicht zulässig sein kann [8]). Von dieser, auf alle Gemeinschaften Anwendung findenden Regel machen die Gesetze zwar bei manchen Arten von Gemeinschaften Ausnahmen, indem sie z. B. bei der, unter Handelsgesellschaftern bestehenden Gemeinschaft jedes Mitglied als Factor der Andern ansehen, und demgemäß durch die Handlungen des Einen die Übrigen für verpflichtet erach-

---

6) Vgl. auch Scheffer-Boichorst, a. a. O. [Note 1) unter I.] № 12. (S. 19.) — Maurenbrecher in der, Note 1) unter II. zuerst angeführten Abhandlung §. 8. (S. 239.). — Deiters, a. a. O. S. 150 u. flgd. (§. 49.). D. H.

7) Das, den in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten zustehende Recht an dem gemeinschaftlichen Vermögen nennt auch das A. L. R. (Th. II. Tit. 1. §§. 365. 373.) Miteigenthum, über dessen Begriff man vgl. Th. I. Tit. 8. §§. 14. 15. 17. und Tit. 17. §. 1. D. H.

8) Vgl. A. L. R. Th. I. Tit. 17. §§. 10 und 230. D. H.

ten [9]), auch bei der ehelichen Gütergemeinschaft nicht selten einem oder dem anderen Theile, besonders dem Ehemanne, die Befugniß zu einseitigen Verfügungen über einzelne, zur Gemeinschaft gehörige Gegenstände eingeräumt ist [10]). Es wird indeß hierbei immer vorausgesetzt, daß durch derartige Dispositionen der Begriff der Gemeinschaft selbst nicht aufgehoben werde. Das Miteigenthum haftet auf dem Inbegriff des gemeinschaftlichen Vermögens, und kann ganz füglich bestehen, wenngleich einzelne, darin enthaltene Stücke, sei es auch durch einseitige Handlungen eines Miteigenthümers, aus dem Inbegriffe ausscheiden. Das Recht der andern Miteigenthümer an dem Vermögens-Inbegriff als solchen wird dadurch noch nicht beeinträchtigt, und so lange der letztere selbst noch vorhanden ist, gewährt der Antheil des Verfügenden den übrigen Miteigenthümern auch das Mittel, wegen etwaiger nachtheiliger Dispositionen ihres Gesellschafters die Entschädigung sich zu sichern. Aus dieser Rücksicht erscheint es daher nicht auffallend, wenn ein Gesetz verordnet, daß die Disposition eines Miteigenthümers über einzelne, zum gemeinschaftlichen Vermögens-Inbegriff gehörige Gegenstände gültig sei, und jedenfalls dem dritten Besitzer gegenüber um deshalb allein nicht angefochten werden könne, weil der andere Miteigenthümer nicht zugezogen worden.

Daß nun aber den Ehegatten eine noch umfassendere Dispositions-Befugniß über das gemeinschaftliche Vermögen nach dem Münsterschen Provincialrechte gebühre,

---

9) Vgl. A. L. R. Th. II. Tit. 8. §§. 633. 647.
D. H.

10) Vgl. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §§. 377 u. flgd.
D. H.

läßt sich nicht behaupten. Es steht vielmehr nach dem letzteren jedem Ehegatten unbestritten frei, sich gegen einseitige nachtheilige Verfügungen des andern durch Ausbringung gerichtlicher Verbote zu sichern. Aus dieser letzteren Befugniß ergiebt sich unzweifelhaft, daß keinem der Ehegatten ein unbedingtes Recht zu einseitigen Verfügungen eingeräumt worden ist, da in diesem Falle nicht abzusehen wäre, wie der Richter dazu kommen soll, dem einen Ehegatten die Ausübung seines gesetzlichen Rechts auf Ansuchen des Andern zu verschränken. Wenn aber die Dispositions-Befugniß der Ehegatten überhaupt nur eine beschränkte ist, und durch gerichtlichen Einspruch des anderen Theiles gehemmt werden kann, so läßt sich vollends nicht annehmen, daß dieselbe sogar zu einseitigen Verfügungen über den ganzen Inbegriff des gemeinschaftlichen Vermögens solle ermächtigen können. Dieser Folgerung würde auch entgegenstehen, daß, nach der deutlichen Vorschrift der Polizei-Ordnung, hinsichtlich der Dispositionen der Ehegatten, die allgemeinen Grundsätze der Gütergemeinschaft maaßgebend bleiben sollen, es mit diesen aber nicht im Einklang stehen würde, denjenigen, welchem die Gesetze in Beziehung auf den Vermögens-Inbegriff, als solchen, nur ein Miteigenthum einräumen, als alleinigen Eigenthümer anzusehen, und ihm zu gestatten, über das Miteigenthum des Andern willkürlich zu verfügen, ja diesen einseitig desselben zu berauben, und factisch eine Aufhebung der, aus dem Gesetze entstandenen Gütergemeinschaft zu bewirken.

Der erste Richter bezieht sich zwar noch auf Kap. VII. der Polizei-Ordnung; allein diese Stelle enthält ebenso wenig, als irgend eine andere, einen so auffallenden Grundsatz. Im Kap. VII. wird vielmehr nur von der Schichtung und Theilung des überlebenden Ehegatten mit den

Kindern gehandelt und verordnet, daß die Hälfte der Güter den Kindern verbleibt. Für den Fall aber, daß keine Kinder vorhanden sind, bleibt der Überlebende im Besitz und Nießbrauch des beiderseitigen Vermögens, muß jedoch von den Gütern, die nach seinem Ableben an die Verwandten des Erstverstorbenen zurückfallen, ein Inventarium aufrichten, auch, wie es im §. 15. heißt:

„gnugsame Caution, und Sicherung stellen, daß die Güter nicht verbragt werden sollen, damit des erst verstorbenen Ehegemahls nechste Blutsverwandte wissen mögen, wie viel der Güter seyn, so sie folgends bekommen werden."

Diese Bestimmungen unterstützen im Gegentheil die Ansicht, daß die Polizei-Ordnung keinesweges einem der Ehegatten eine willkürliche Disposition auch über den Antheil des Andern an dem Inbegriffe des gemeinschaftlichen Vermögens habe einräumen wollen. Schlüter, a. a. O. spricht sich über den Umfang der Dispositionsbefugniß der Ehegatten nicht bestimmt aus, scheint indeß solche nicht bis zu dem Rechte auf Verfügungen über den ganzen Vermögens-Inbegriff als solchen ausdehnen zu wollen; ja er bemerkt sogar in der Anmerkung zum §. 73. seines Provincialrechts [11]), daß die einseitige Dispositionsbefugniß der

11) Es heißt a. a. O. S. 59.:
„Diese einseitige Dispositionsbefugniß jedes Ehegatten wurde nicht allein von dem Hofgerichtsamtsverwalter Scheffer im Berichte vom 22. October 1804 und in jenem vom 18. April 1805, sondern auch von den, bei der Regierung angestellten vormals Münsterischen Räthen im Protocoll vom 30. März 1805 attestirt. Der Official war jedoch in seinem Bericht vom 29. April 1805 der Meinung, daß die Frau gar kein Recht habe, die Güter ihres Mannes zu veräußern, und daß der Mann nur dann, wenn Kinder vorhanden, während der Ehe das beiderseitige Vermögen veräußern könne. So wichtig auch diese Frage ist, so sind doch in Ansehung

der Frau über die Güter des Mannes überhaupt in Zweifel gezogen worden, auch keine Präjudicien darüber anzuführen seien. Welter, a. a. O. S. 56. äußert zwar, daß „jeder Ehegatte nach Gutbefinden über die gemeinschaftliche Vermögensmasse und einzelne Theile derselben rechtsbeständig disponiren könne“; er scheint jedoch hierunter ebenfalls nicht Verfügungen über das gesammte gemeinschaftliche Vermögen, als eine *universitas juris*, verstanden zu haben.

Fehlt es aber hiernach an einer provincialrechtlichen Norm, wodurch die Frage entschieden wird: ob ein Ehegatte im Münsterschen befugt sei, den ganzen gemeinschaftlichen Vermögens-Inbegriff einseitig zu veräußern? so muß Behufs ihrer Beantwortung auf die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zurückgegangen werden; nach diesen aber ist dieselbe, wie schon oben ausgeführt, zu verneinen.

Demgemäß muß der, das ganze Vermögen der verehelichten Delffmann umfassende Veräußerungsvertrag vom 12. Juni 1836 für ungültig erachtet werden. Ob der Kläger in gutem Glauben die Ehefrau des Verklagten für befugt gehalten, über den ganzen Inbegriff ihres Vermögens zu contrahiren, ist für die Entscheidung der Sache ohne Einfluß, indem der Kläger bei jener Voraussetzung sich in einem Rechtsirrthume befunden haben würde, der ihn nicht entschuldigen kann. Der Appellationsrichter hat daher mit Unrecht sein Erkenntniß lediglich auf den angeblichen bösen Glauben des Klägers gegründet. Wäre wirklich die verehelichte Delffmann berechtigt gewesen, den

des Dispositionsrechts der Frau gar keine praejudicia von den ehemaligen Obergerichten anzuführen; vielleicht weil man den Satz nicht bezweifelt hat.“ D. H.

ganzen Vermögens-Inbegriff zu veräußern, so käme auch nichts darauf an, daß Kläger mit derselben ohne Genehmigung ihres Ehemannes contrahirte, und ob er voraussehen konnte, daß der Letztere den Vertrag nicht genehmigen werde.

Die Abweisung des Klägers ist aber auch in anderer Beziehung gerechtfertigt.

Der Kläger stellt selbst nicht in Abrede, daß er die Überlieferung des ihm veräußerten Vermögens-Inbegriffs nur insofern verlangen darf, als er rechtlich für den Eigenthümer desselben anzusehen ist, wie denn überhaupt die Klage als eine, von dem Eigenthümer angestellte Intervention betrachtet worden. Der Kläger glaubt aber, das Eigenthum auch wirklich schon durch die, im Contracte enthaltene Erklärung der Verkäuferin erlangt zu haben, wonach die Natural-Übergabe als geschehen betrachtet werden, und die Verkäuferin den Besitz des Vermögens ferner nur im Namen des Klägers ausüben solle; Kläger findet hierin ein constitutum possessorium, vermöge dessen das Eigenthum der verkauften Gegenstände auf ihn übergegangen sei. Dies ist jedoch unrichtig. Ein constitutum possessorium ist bei den, zur Gütergemeinschaft gehörigen Gegenständen nicht denkbar, weil der einseitig veräußernde Ehegatte, so lange die Sache nicht wirklich aus seiner Gewahrsam heraus- und in den Naturalbesitz des Erwerbers übergegangen ist, sich nur im Mitbesitze mit dem andern Ehegatten befindet, jedenfalls also nur diesen Mitbesitz auf einen Dritten übertragen kann. Von der Überlassung eines solchen ist aber hier nicht die Rede. Dem Resultate nach erscheint daher die Entscheidung des Appellationsrichters richtig, und mußte bestätigt werden.

№ 17.

Subhastation. Kauflustiger. Caution.

Die Befugniß, im Bietungstermine von Kauflustigen, deren Zahlungsfähigkeit nicht für genügend erachtet wird, Cautionsbestellung zu verlangen, bevor sie zum Mitbieten zugelassen werden, steht nur den Subhastations-Interessenten zu. Der Richter ist nicht befugt, von Amts wegen einen Kauflustigen, welcher keine Caution bestellt, vom Mitbieten auszuschließen.

Verordnung über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidationsproceß vom 4. März 1834 §. 11. (Gesetz-Sammlung S. 41.) [1]).

Vgl. A. G. O. Th. I. Tit. 52. §. 44. [2]).

Das, in der Stadt Mehlsack am Ringe unter № 141. belegene, dem Schuhmacher Franz Kloose gehörige Haus wurde auf Antrag des dortigen Magistrats wegen rückstän-

1) Vgl. Crelinger, die Verordnungen vom 4. März 1834. Heft II. S. 39 u. flgd. D. H.

2) Merkel, neuer Commentar zur A. G. O. Bd. I. S. 704. verweist in der Anmerkung zum §. 44. Tit. 52. Th. I. mit den Worten: „Prüfung der Caution: Anmerk. zu §. 51. № 2. Tit. 52." auf S. 709. u. 710. ebend., wo es heißt:

„Ob die pro quanto minori angebotene Caution annehmlich sei, haben die Gläubiger zu beurtheilen, nicht der Richter, welcher sie zur Erklärung unter der Warnung auffordert: daß ihr Stillschweigen als Genehmigung des Anerbietens werde angesehen werden."

D. H.

diger Communalabgaben zur nothwendigen Subhastation gestellt. Auf demselben standen für die Tochter des Besitzers aus erster Ehe, die unverehelichte Anna Kloose, 125 Thlr. 25 Sgr. mütterliche Erbgelder hinter 608 Thlrn., mithin ganz außerhalb des, auf 307 Thlr. 10 Sgr. ermittelten Taxwerths, eingetragen. In dem Licitations-Protocolle wurden die eben genannte Gläubigerin Anna Kloose und deren Vater, der Schuldner Franz Kloose, als allein anwesende Subhastations-Interessenten verzeichnet; der Cantor Bornowski blieb mit einem Gebot von 336 Thlrn. Meistbietender, und am Schlusse der Verhandlung ward nachrichtlich vermerkt:

die Anna Kloose habe mitbieten wollen; wegen ihrer notorischen Zahlungsunfähigkeit und da sie mit ihrer, außerhalb der Taxe eingetragenen Forderung oder sonst anderweit keine Caution zu bestellen im Stande gewesen, habe der Deputirte sie nicht zum Gebote lassen können; auch sei sie im Laufe der Verhandlung so lärmend und selbst beleidigend geworden, daß sie wegen Störung von der Gerichtsstelle durch den Gerichtsdiener habe fortgewiesen werden müssen, worauf auch ihr Vater sich freiwillig entfernt habe, so daß am Schlusse der Licitation keiner der Subhastations-Interessenten anwesend gewesen.

Durch den, am 1. März 1838 publicirten Adjudications-Bescheid des Land- und Stadtgerichts zu Mehlsack ward das Grundstück dem Bornowski für das gedachte Meistgebot zugeschlagen.

In den Gründen des Adjudications-Erkenntnisses führte der Richter aus:

Keiner der Interessenten habe gegen das Gebot des Bornowski Einwendungen gemacht, der Besitzer sich vielmehr vor dem Schlusse des Termins von der Gerichts-

stelle um deshalb freiwillig entfernt, weil seine, als Gläubigerin eingetragene Tochter Anna Kloose durch den Deputirten vom Mitbieten ausgeschlossen, und endlich wegen ungebührlichen Betragens von der Gerichtsstelle verwiesen worden sei. Wenn nun auch nach §. 11. der Verordnung über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidationsproceß vom 4. März 1834 nur die Subhastations-Interessenten befugt erscheinen möchten, von Personen, deren Zahlungsfähigkeit nicht für genügend erachtet werde, Sicherheitsbestellung zu verlangen, so sei doch im vorliegenden Falle, wo die Anna Kloose mit ihrer, außerhalb des Taxwerths eingetragenen Forderung eine gesetzlich hinlängliche Caution nicht leisten können, und auch sonst deren Zahlungsunfähigkeit aus den, wider Kloose und Katzmann verhandelten Untersuchungsacten erhellet habe, das Verfahren des Deputirten um so mehr gerechtfertigt gewesen, als dadurch offenbar eine Resubhastation vermieden worden sei.

Die Anna Kloose erhob die Nichtigkeitsbeschwerde. Sie behauptete insbesondere, daß die Vorschrift des §. 11. der Verordnung vom 4. März 1834 verletzt sei, und verlangte die Aufhebung des Adjudicationsbescheides.

Das Geheime Ober-Tribunal hielt auch in seiner Sitzung vom 13. October 1838 die Beschwerde für gegründet, vernichtete das vorgedachte Erkenntniß, verurtheilte den Adjudicatar Bornowski, das ihm bereits übergebene Haus dem Schuldner Franz Kloose zurückzugewähren, und verordnete interlocutorisch die Fortsetzung des Subhastations-Verfahrens nach den Anträgen der Interessenten.

Gründe.

Die Implorantin setzt den Hauptgrund der Nichtigkeit des Adjudications-Erkenntnisses darin, daß dasselbe der Vorschrift des §. 11. der Verordnung über den Subhasta-

tions- und Kaufgelder-Liquidationsproceß vom 4. März 1834 um deswillen zuwiderlaufe, weil sie durch den Gerichtsdeputirten von Amtswegen wegen ihres angeblichen Unvermögens vom Mitbieten ausgeschlossen worden sei, ungeachtet keiner der Subhastations-Interessenten ihre Zahlungsunfähigkeit behauptet und Cautionsbestellung von ihr gefordert habe, dies widerrechtliche Verfahren des Deputirten aber in dem Adjudicationsbescheide für gerechtfertigt erklärt werde, mithin dadurch ein Rechtsgrundsatz verletzt sei.

Dies ist auch allerdings der Fall.

Der §. 11. der angeführten Verordnung bestimmt:

„Personen, deren Zahlungsfähigkeit einer der Subhastations-Interessenten (§. 9. dieser Verordnung) nicht für genügend erachtet, werden nur dann zum Mitbieten zugelassen, wenn sie sofort eine Caution zum Betrage des zehnten Theils der Taxe baar oder in inländischen öffentlichen Papieren nach dem Courswerthe niederlegen.

Gläubiger, deren Forderungen innerhalb des Taxwerths auf dem Immobile eingetragen stehen, können die Caution mit diesen Forderungen bestellen, und müssen sodann die darüber sprechenden Urkunden niederlegen.

Der §. 406. des Anhanges wird aufgehoben."

Der Zweck dieser Vorschrift geht offenbar dahin, die Interessenten der Subhastation gegen den Nachtheil sicher zu stellen, der ihnen erwachsen kann, wenn zahlungsunfähige Käufer sich einfinden [3]). Zur Erreichung

3) Vgl. Löwenberg, die Verordnungen vom 4. März 1834. Abth. II. S. 72. Note *), woselbst es heißt:

„Einer der Hauptmängel der früheren Subhastationsvorschriften war, daß sie die Interessenten der Subhastation nicht genüg gegen den Nachtheil sicher stellten, der ihnen erwächst, wenn zahlungsunfähige Käufer sich einfinden. Der Umstand, daß ein Lici-

dieses Zweckes soll auch ein einziger Subhastations-Interessent, von welchem die Zahlungsfähigkeit eines oder mehrerer Bieter in Zweifel gezogen wird, befugt sein, darauf zu dringen, daß dieselben so lange vom Mitbieten ausgeschlossen werden, bis sie sofort eine Caution zum Betrage des zehnten Theils der Taxe baar oder in inländischen öffentlichen Papieren nach dem Courswerth niederlegen. Indem hierdurch das Rechtsverhältniß der Subhastations-Interessenten zu den, ihnen gegenüber stehenden Kauflustigen näher festgestellt wird, gehört der §. 11. a. a. O. zu den, das materielle Recht bestimmenden Gesetzen, und enthält sonach Rechtsgrundsätze, nicht blos Proceßvorschriften, wohin nur diejenigen Bestimmungen der Verordnung vom 4. März 1834 zu rechnen sind, welche den Gang und die Ordnung des Subhastations-Verfahrens regeln.

Die Befugniß der Subhastations-Interessenten, Cautionsbestellung von den Kauflustigen zu verlangen, ist aber lediglich an ihre Person geknüpft, und es ist ihrem freien Willen anheim gegeben, ob sie davon Gebrauch machen wollen oder nicht. Nirgends, und insbesondere weder in der älteren Vorschrift des §. 44. Tit. 52. Th. I. der A. G. O., noch in der neueren des §. 11. der angeführten Verordnung, ist dem Richter die Befugniß beigelegt, sich nach der Zahlungsfähigkeit der erschienenen Kauflustigen zu erkundigen, und diejenigen von ihnen, deren Zahlungsfähigkeit er seinerseits allein nicht für genügend erachtet, von Amtswegen zur Cautionsbestellung anzuhalten, und im Nicht-

---

tant persönlich bekannt oder angesessen ist (§. 44. Tit. 52. Th. I. A. G. O.), bietet noch keine Sicherheit für seine Zahlungsfähigkeit; in allen Fällen muß vielmehr den Interessenten der Subhastation freistehen, zu ihrer Deckung eine Caution zu begehren."

D. H.

leistungsfalle vom Mitbieten auszuschließen. Der Richter hat vielmehr in Ansehung der sich meldenden Bieter nur darauf zu sehen, daß dieselben überhaupt dispositionsfähig und selbstständig vor Gericht zu erscheinen befugt, auch zum Erwerbe von Grundeigenthum nach der bestehenden Verfassung nicht unfähig sind. Die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Kauflustigen muß er lediglich den Subhastations-Interessenten überlassen, und so lange von den Letztern seine Hülfe nicht angerufen wird, um einen Kauflustigen wegen Nichtleistung der geforderten Caution vom Mitbieten auszuschließen, darf er von Amtswegen nicht einschreiten.

Hierin ändert es auch nichts, wenn der Extrahent der Subhastation und diejenigen Hypothekengläubiger, welche nach Maaßgabe des Taxwerths Aussicht haben, mit ihren Forderungen zur Hebung zu gelangen, im Bietungs-Termine nicht anwesend sind. Denn durch ihr Ausbleiben gehen sie auch der Befugniß verlustig, von den sich einfindenden Bietern Cautionsleistung zu fordern, und sie müssen es sich selbst als Folge ihres Nichterscheinens beimessen, wenn der Käufer hinterher die übernommenen Verpflichtungen, besonders die zur Zahlung der Kaufgelder, zur festgesetzten Zeit zu erfüllen außer Stande ist.

Im vorliegenden Falle hatte die Implorantin bei der Subhastation des Grundstücks wegen ihrer, auf demselben eingetragenen Forderung von 125 Thlrn. 22 Sgrn. mütterlicher Erbgelder ein erhebliches Interesse. Durch die Erstehung des Grundstücks als Meistbietende konnte sie vielleicht ihr, außerhalb des Taxwerths eingetragenes Kapital retten. Der Extrahent der Subhastation und die übrigen Realgläubiger waren im Bietungs-Termin nicht erschienen; nur der Schuldner, den der §. 9. der Verordnung vom

4. März 1834 ausdrücklich zu den Subhastations-Interessenten zählt, war anwesend. Da nun dieser von seiner Befugniß, Cautionsbestellung von der Implorantin zu fordern, keinen Gebrauch machte, so verletzte der vorige Richter dadurch, daß er, in Übereinstimmung mit dem, zur Abhaltung des Licitations-Termins bestellten Deputirten, die Implorantin auf Grund anderer Acten für zahlungsunfähig und zur Leistung einer Caution außer Stande hielt, und deshalb von Amtswegen dieselbe vom Mitbieten für ausgeschlossen erachtete, den, im §. 11. a. a. O. enthaltenen Rechtsgrundsatz. Seine Entscheidung ist daher nach §. 4. № 1. der Verordnung vom 14. December 1833 nichtig; das Adjudications-Erkenntniß muß aufgehoben, und der Adjudicatar für schuldig erklärt werden, das ihm bereits übergebene Grundstück dem Schuldner zurückzugewähren; §. 17. a. a. O.

In der Hauptsache kann gegenwärtig noch keine definitive Entscheidung ergehen; vielmehr hat die Sache, zur Fortsetzung des Subhastations-Verfahrens nach den Anträgen der Interessenten, an den vorigen Richter zurückgewiesen werden müssen, welcher nach dem Schlusse desselben anderweitig zu erkennen haben wird.

№ 18.

Verjährung. Besitz. Grundgerechtigkeit.

Die Vorschrift des §. 14. Tit. 22. Th. I. des A. L. R., daß bei der Erwerbung einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung, nachgewiesen sein muß, daß der Besitzer des berechtigten Grundstückes die streitige

Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen habe, enthält keine Abweichungen von den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über den Besitz und die Verjährung von Rechten, und findet daher auch auf die dreißigjährige Verjährung Anwendung [1]).

---

1) Vgl.

I. Unsere Rechtssprüche, Bd. I. № 19. S. 64. 65. und Bd. II. № 38. S. 341—349. und die, am letztgedachten Orte Note 1) (S. 341—344.) angeführte Literatur.

II. Ersetzt die dreißigjährige Verjährung den Mangel im Titel oder nur die Mangelhaftigkeit desselben? Juristische Zeitung, Jahrg. 1832. S. 830. 831. 854—856. 896. 897. und L. Schröter, civilistische Versuche 2. Ausg. Bd. I. Heft 1. S. 126. u. flgd.; auch dessen System des A. L. R. Bd. I. Heft 2. §. 47. S. 68. 69. u. §. 52. S. 74.

III. Draßdo, Beitrag zur richtigen Erklärung des §. 14. Tit. 22. Th. I. des A. L. R., juristische Zeitung, Jahrg. 1833. S. 1064—1068. Hier wird S. 1065. 1066. ausgeführt:

„Vielmehr scheint die Meinung die richtigere zu sein: daß nämlich durch den §. 14. keineswegs die Nothwendigkeit eines Titels, sondern nur ein nothwendiges Requisit bei der Erwerbung des Besitzes habe ausgesprochen werden sollen (Kleins System des Preuß. Civilrechts, neu bearbeitet von v. Rönne, Bd. I. S. 614. 615.). Durch den §. 14. sollte keinesweges etwas Abweichendes von den allgemeinen Grundsätzen festgesetzt werden, weil dies sonst von dem Gesetzgeber, bei seinem unverkennbaren Streben nach möglichster Vollständigkeit, bestimmter würde hervorgehoben worden sein. Der Inhalt des §. ist vielmehr ein bloßes Resümé dessen, was schon vorher ausführlich festgesetzt worden war. — Das A. L. R. setzt also in dem §. 14. nichts Abweichendes von der Regel fest, sondern bestimmt nur, in Übereinstimmung mit seinen eigenen vorhergehenden Vorschriften, so wie mit dem Römischen Rechte, daß nicht durch eine jede Handlung der Besitz eines negativen Rechts begründet werde, sondern nur dadurch, daß die betreffende Handlung als ein Recht ausgeübt worden. Es wird also dabei der bloß factische und zufällige Gebrauch von demjenigen unterschieden, der juristische Gründe für sich hat. Der §. 14. kann

A. L. R. Th. I. Tit. 22. §. 14.; vgl. ebend. Tit. 7. §§. 81—86. 93—108. 127.,

also nicht auf das Erforderniß eines Titels bezogen werden, sondern es kommt allein darauf an, daß die streitige Befugniß als ein Recht, und nicht precario ausgeübt worden sei."

IV. Silberschlag, über die Erwerbung von Grundgerechtigkeiten durch Verjährung nach dem A. L. R., unsere Zeitschrift Bd. II. S. 229—241.

V. Von und zur Mühlen, über die Acquisitiv-Verjährung der Grundgerechtigkeiten, ebend. S. 242—261.

VI. Zur Interpretation des §. 14. Tit. 22., §§. 82. u. 107. Tit. 7. Th. I. des A. L. R., juristische Zeitung, Jahrg. 1835. S. 132—139., wo S. 136. u. 137. bemerkt wird:

„Eben diese wirkliche juris quasi possessio, d. h. daß die Handlung, welche den Gegenstand des Rechts ausmacht, als ein Recht ausgeübt sei, ist es nun, welche auch das A. L. R. zur Erwerbung einer Servitut durch Verjährung erfordert, wenn dasselbe vorschreibt: daß besonders nachgewiesen sein müsse, daß der Besitzer des berechtigten Grundstücks, die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht in Besitz genommen und ausgeübt habe. Auf das Erforderniß eines Titels ist daher diese Vorschrift gar nicht zu beziehen. Diejenigen, welche eine solche Beziehung darin finden, verwechseln mit einander den Begriff des Besitzes eines Rechts überhaupt und den Begriff des titulirten Besitzes; sie gerathen mit sich selbst in Widerspruch; denn, wenn in jener Vorschrift von dem Erfordernisse eines Titels die Rede wäre, so müßten sie auch consequenter Weise behaupten, daß, nach dem A. L. R., Servituten durch Verjährung ohne Titel gar nicht erworben werden könnten. Es ist daher auch durchaus unrichtig, wenn der Appellationsrichter behauptet, daß deshalb, weil bei dreißigjähriger Verjährung derjenige, der sich darauf beruft, nicht einmal einen Titel nachzuweisen brauche, ihm auch nicht den animus sibi habendi, d. h. daß er das Recht als sein eigen ausgeübt habe, nachzuweisen obliege. Denn erst wenn feststeht, daß die streitige Befugniß als ein Recht ausgeübt sei, also erst wenn die wirkliche juris quasi possessio dargethan ist, kann es in Frage kommen, ob auch noch außerdem ein Titel dieses Besitzes nachgewiesen werden müsse oder nicht."

VII. Thöne, system. Handbuch des Preuß. Privatrechtes Bd. I. Abth. 2. §. 314. S. 518—520.

Tit. 9. §§. 579. 589. 590. 596. u. flgd. 625. 627.

VIII. Bielitz, Wünsche eines Preuß. Juristen beim Beginn des Jahres 1836., juristische Zeitung, Jahrg. 1836. S. 44. 45.

IX. Bornemann, system. Darstellung des Preuß. Civilrechts Bd. IV. S. 558—568.; besonders S. 566. 567.:

„Ob aber durch den §. 14. nur die allgemeinen Grundsätze nochmals haben eingeschärft, oder eine Ausnahme von der Regel des §. 107. Tit. 7. hat gemacht oder endlich auf ein Moment, das über den Besitz hinaus liegt — auf den Titel — hat hingewiesen werden sollen, ist zweifelhaft. Ich halte indessen mit dem Instructionssenat die erste Alternative für die richtige ꝛc.“

X. Studien zur Lehre von der Verjährung № 44., unsere Zeitschrift Bd. III. S. 679. 680.

XI. Kann man durch die dreißigjährige Verjährung bei mangelndem Titel eine Servitut erwerben? Centralblatt für Preuß. Juristen, Jahrg. 1837. S. 251—258. Es heißt hier S. 252.:

— „und ist demnach einleuchtend, daß der §. 14. a. a. O. nur mit Rücksicht auf die, im Tit. 7. und Tit. 9. Th. I. des A. L. R. gegebenen generellen Bestimmungen aufgefaßt werden darf, auch daß in diesem Paragraphen auf den Unterschied zwischen einer zehn- und dreißigjährigen Verjährung gar nicht Rücksicht genommen worden ist.“

XII. Koch, Schlesisches Archiv Bd. I. S. 522—529. Von dem zweiten Senat des K. Oberlandesgerichts zu Breslau wird S. 525. 527. u. 528. hier unter andern Folgendes ausgeführt:

„Allein dieser §. (14.) bestimmt eigentlich nichts Besonderes, vielmehr erinnert er nur, daß der animus possidendi noch nicht aus der factischen Ausübung der Handlung (corpus) folge, sondern für sich bewiesen werden solle. Zwar wird die Richtigkeit dieser Deutung durch das Argument nicht bewiesen: daß, wenn der Präscribent darthun sollte, daß er die streitige Befugniß als ein Recht ausgeübt habe, dies gegen die bekannten Grundsätze verstoßen würde, wonach die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes streitet und ein Precarium nicht vermuthet wird. Das würde es nicht, denn hierauf bezieht sich jener Satz nicht, derselbe bezieht sich vielmehr auf die Erfordernisse zur Erwerbung des Besitzes an Rechten, nicht auf die Beschaffenheit des Besitzes u. s. w.“

Das A. L. R. verordnet Th. I. Tit. 22.:

§. 13. „Grundgerechtigkeiten können durch rechtsgültige Willenserklärungen eingeräumt, auch durch Verjährung erworben werden;"

§. 14. „Bei dieser letzten Erwerbungsart muß besonders nachgewiesen sein, daß der Besitzer des berechtigten Grundstücks die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen, und durch rechtsverjährte Zeit ununterbrochen ausgeübt habe."

Am Schluß des §. 14. sind zugleich allegirt die §§. 81

„Schon die Worte: „„nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung"", ergeben, daß damit jene Fälle, wo überhaupt gar nicht die Absicht auf eine Besitzhandlung vorhanden ist, und welchen immer eine Vergünstigung zum Grunde liegt, keineswegs aber die Fehler des Besitzes gemeint sind, da sonst nur eine Art der Fehler, die noch aus andern Ursachen, als blos aus einer Vergünstigung, entstehen können, bezeichnet sein würde. Der §. 14. bestimmt also nur dieses: „„die wirkliche Erwerbung der juris quasi possessio muß nachgewiesen sein"", und dazu gehört der Nachweis der apprehensio und des animus. Der §. 14. will also nur — — hervorheben: daß das zweite Erforderniß zur Erwerbung des Besitzes, nämlich der animus possidendi, außer der Handlung als dem ersten Erforderniß (corpus), besonders nachgewiesen werden müsse, welches keine Negative ist."

XIII. Meditationen über einzelne Stellen des Preuß. Rechtes № 7., Centralblatt für Preuß. Juristen, Jahrg. 1838. S. 134—136.

XIV. Koch, die Lehre vom Besitz nach Preußischem Rechte. 2. Ausg. 1839. S. 156—158. Es wird hier dieselbe Ansicht ausgeführt, welche, wie S. 158. Note 4) bemerkt ist, der zweite Senat des K. Oberlandesgerichts zu Breslau (vgl. № XII.) auf den amtlichen Vortrag des Verf. angenommen hat. Endlich

XV. v. Seckendorf, Bemerkungen zu der Lehre von der erwerbenden Verjährung der Grundgerechtigkeiten, Gensler, Mittermaier und Schweitzer, Archiv für civilistische Praxis, Bd. IV. S. 95. D. H.

—85. 93. 94. 95. 127. 96—108. Tit. 7. a. a. O. von dem Erwerb und Verlust des Besitzes eines negativen Rechts, und von den Fehlern, welche die Besitzergreifung hindern, so wie §§. 589. 590. 596. u. flgd. Tit. 9. ebend. von den Hindernissen des Anfanges der Verjährung durch Besitz und von der Fortsetzung dieser Verjährung.

Über die Auslegung des §. 14. Tit. 22. a. a. O. hat von jeher eine große Meinungsverschiedenheit obgewaltet.

Von dem zweiten Senate des Geheimen Ober-Tribunals war in frühern Fällen, namentlich in Sachen Schulte wider Wilhelm Junge angenommen worden, das Erforderniß des §. 14., daß der Besitzer des berechtigten Grundstückes die Servitut als ein wirkliches Recht in Besitz genommen haben müsse, beziehe sich nur auf die ordentliche, zehnjährige Verjährung, nicht auf die dreißigjährige, bei welcher der Verjährende nach §. 625. Tit. 9. ebend. von dem Nachweise des Titels befreit sei, und als rechtlich qualificirter Besitzer erachtet werde, wenn der Gegner keinen Fehler dieses Besitzes darthun könne.

In einem später zur Entscheidung gekommenen Rechtsfalle des Hüfners Lieberenz und Theilnehmer wider den Zimmermann Sonnenberg und Theilnehmer ging dagegen die Meinung der Mehrheit dahin, daß die Vorschrift des §. 14. auch auf die dreißigjährige Verjährung Anwendung finden müsse.

Dies hat Veranlassung gegeben, zur Berathung des Plenums die Frage zu stellen:

ob die Vorschrift des §. 14. Tit. 22. Th. I. des A. L. R. nur auf die gewöhnliche, und nicht auf die dreißigjährige Verjährung bezogen werden könne,

oder:

ob anzunehmen sei, daß dieser Paragraph eine Hinwei-

sung auf die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen von der Erwerbung des Besitzes, insbesondere des Besitzes eines negativen Rechts enthalte, die Anwendung des §. 107. Tit. 7. a. a. O. auch nicht ausschließe, und daher auf die dreißigjährige Verjährung allerdings anwendbar sei?

Der Beschluß des Plenums vom 27. August 1838 fiel dahin aus:

„daß der §. 14. in der Bestimmung der Erfordernisse über die Besitznahme und Ausübung des Rechts sich auch auf die dreißigjährige Verjährung beziehe, und keine Abweichung von den allgemeinen Bestimmungen über den Besitz und die Verjährung von Rechten enthalte.“

Gründe.

Da Besitz etwas Körperliches ist, so können im eigentlichen Verstande nur körperliche Sachen Gegenstände desselben sein [2]); die Gesetze haben jedoch vermittelst einer Fiction diesen Begriff auch auf unkörperliche Sachen — Rechte — ausgedehnt, und ihn sodann Quasi-Besitz genannt [3]).

Die Erwerbung der quasi possessio bei Rechten erfolgt durch Handlungen, aus welchen von der einen Seite die Absicht, sich in den Besitz der Befugniß zu setzen, von

---

2) L. 3. pr. Dig. de acquirenda vel amittenda poss. (XLI. 2.): „Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.“ — L. 4. §. 27. Dig. de usurpat. et usucap. (XLI. 3.): „Quia nec possideri intelligitur jus incorporale.“ D. H.

3) L. 3. §. 17. de vi (XLIII. 16.): „Qui ususfructus nomine qualiterqualiter fuerit *quasi in possessione*, utetur hoc interdicto.“ — L. 23. §. 2. ex quibus causis majores (IV. 6.): „Ususfructus *quasi possessionem* amisit.“ — L. 10. pr. si servitus vindicetur (VIII. 5.): „Si quis diuturno usu et longa *quasi possessione* jus aquae ducendae nactus sit etc.“ D. H.

der andern die Beistimmung dazu, ausdrücklich oder stillschweigend, hervorgeht. Der Besitz eines Servitutrechts, vermöge dessen der Berechtigte etwas thun darf, und der Verpflichtete solches leiden muß — im A. L. R. §. 81. Tit. 7. Th. I. im Gegensatz zum affirmativen Rechte (§. 80. ebend.), wo der Verpflichtete etwas zu thun und zu leisten hat, als negatives Recht bezeichnet — wird insbesondere ergriffen, wenn der Eine dasselbe als ein ihm zustehendes Recht — in der Meinung eines Rechts — wirklich ausübt, und der Andere ihm solches, sei es ausdrücklich, nach vorgängigem Vertrag, oder stillschweigend, durch Zulassung, gestattet.

So wird der Besitz dieses Rechts — der Servitut — erlangt; ganz übereinstimmend wird die Besitznahme desselben im §. 81. Tit. 7. und im §. 14. Tit. 22. Th. I. des A. L. R. geschildert.

Vgl. l. 20. D. de servitutibus (VIII. 1.):

[*Javolenus:*] „Ego puto, *usum* ejus juris pro *traditione possessionis* accipiendum esse."

Außer dieser Besitzergreifung der Servitut erfordert das Römische Recht keinen besondern Titel der Erwerbung.

Die l. 10. pr. D. si servitus vindicetur (VIII. 5.) verordnet:

[*Ulpianus:*] „Si quis *diuturno* usu, et longa *quasi possessione* jus aquae ducendae nactus sit, *non est ei necesse* docere *de jure, quo aqua constituta* est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, *ut ostendat*, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse[4])."

Über

4) Vgl. über diese lex: Unterholzner, Verjährungslehre. Leipzig 1828. Bd. II. S. 189—191. D. H.

Über dieses Gesetz sind fast dieselben Zweifel entstanden, die jetzt in Betreff des §. 14. Tit. 22. Th. I. des A. L. R. erhoben werden.

Die gemeine Ansicht geht dahin, daß der Verjährende nicht schuldig sei, zu beweisen, daß er ohne die, in der angeführten Stelle gedachten Fehler — non vi, non clam, non precario — den Besitz ausgeübt habe, weil das vom Gesetz aufgestellte Erforderniß, daß der Besitz fehlerfrei sei, nur negativ ausgedrückt ist, und eine Negative nicht bewiesen zu werden braucht.

Andere Rechtslehrer haben das Gegentheil angenommen, und mit Beziehung auf die Worte: „*ut ostendat*, per annos forte tot *usum se non vi*, *non clam*, *non precario* possedisse" gefolgert, der Verjährende habe den Beweis zu führen, daß der Besitz von ihm ohne jene Fehler ausgeübt sei, wobei jedoch jene Bestimmung gemeinhin nur so verstanden wird, daß, wenn die Ausübung des Besitzes während der längsten Zeit feststeht, Besitzfehler, namentlich ein precarium, nicht vermuthet werden.

In Übereinstimmung hiermit verordnet das A. L. R. Th. I. Tit. 7. §§. 106—108.:

§. 106. [Precarium.] „Aus Handlungen, Leistungen oder Duldungen, wodurch an sich eine Besitzergreifung bewirkt werden könnte, entsteht dennoch kein Besitzrecht, sobald erhellet, daß der Andere dieselben nicht auf den Grund einer vorhergehenden Verpflichtung, sondern nur aus Freundschaft und Gefälligkeit vorgenommen oder gestattet habe."

§. 107. „Wer etwas thut, oder sich gefallen läßt, was ihm nachtheilig ist, oder zur Einschränkung seiner Rechte gereicht, der hat die Vermuthung wider sich,

daß bei einer solchen Handlung oder Duldung die Meinung einer vorhergehenden Verpflichtung zum Grunde liege."

§. 108. „Doch kann diese allgemeine Vermuthung durch entgegenstehende, aus persönlichen Verhältnissen oder andern Umständen des vorliegenden Falles sich ergebende besondere Vermuthungen wieder gehoben werden."

Diese allgemeinen Grundsätze muß man nothwendig bei dem §. 14. Tit. 22. a. a. O. voraussetzen, zumal darauf in den Allegaten desselben ausdrücklich hingewiesen wird. Da nun aber diese allgemeinen Grundsätze die Fehlerfreiheit des Besitzes überhaupt betreffen, und jede Verjährung einen fehlerfreien Besitz voraussetzt: so folgt somit von selbst, daß das Erforderniß des §. 14., nach welchem

> die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Begünstigung — precario — in Besitz genommen und durch rechtsverjährte Zeit ausgeübt sein soll,

bei jeder Art der Verjährung von Grundgerechtigkeiten, sowohl bei der gewöhnlichen zehnjährigen, als bei der längsten dreißigjährigen, vorhanden sein muß.

Wenn indeß der §. 14. die Besitznahme der streitigen Befugniß als eines wirklichen Rechtes verlangt, so wird damit doch hier wieder nichts Besonderes, von den allgemeinen Grundsätzen des Besitzerwerbes Abweichendes vorausgesetzt, vielmehr nichts weiter gefordert, als der Beweis, daß der Verjährende die streitige Befugniß ohne Widerspruch des Andern ausgeübt und diese Ausübung binnen der Verjährungsfrist fortgesetzt habe, indem, wie Javolen sagt, der *usus* juris pro *traditione possessionis* gilt, und aus den Umständen der Ausübung schon von selbst folgt, daß der Verjährende in der Meinung eines ihm zustehenden fort-

dauernden Rechts gehandelt habe, §. 82. Tit. 7. a. a. O., indem der Andere diese ihm nachtheilige Handlung duldete, §. 107. ebend.

Die Beschreibung, welche der §. 14. Tit. 22. von der Besitznahme der streitigen Befugniß als eines wirklichen Rechts giebt, bezeichnet nicht etwa einen eigentlichen Erwerbstitel. Die Worte des Gesetzes reden vielmehr, ihrer Fassung nach, nur von Besitznahme und Ausübung der streitigen Befugniß und nicht von einem Rechtsgrunde des Eigenthums derselben; sie beschränken sich daher nicht auf die ordentliche Verjährung, das darin angegebene Erforderniß ist vielmehr beiden Verjährungsarten, der ordentlichen zehnjährigen und der außerordentlichen dreißigjährigen, gemein. Für beide giebt es nur einerlei Besitznahme: die Ausübung des Rechts — den usus juris, welchen Javolen die traditio possessionis nennt, — sie muß vom Anfang bis zum Ende der Verjährung, ununterbrochen, fortgesetzt sein.

Ebenso wenig ist, wie von einigen Auslegern behauptet wird, in dem Ausdruck des §. 14., „daß der Besitzer die streitige Befugniß durch rechtsverjährte Zeit ununterbrochen ausgeübt habe," eine neue, von den allgemeinen Vorschriften über die Verjährung abweichende Bedingung zu finden, vermöge deren bei der Verjährung der Grundgerechtigkeiten der Verjährende nicht blos die Ausübung des Besitzes überhaupt, sondern die sich stets gleich bleibende, unablässige Fortdauer dieser Ausübung durch die ganze Zeit der Verjährung nachzuweisen hätte, und sich auf die, im §. 599. Tit. 9. a. a. O. aufgestellte Vermuthung nicht berufen dürfte, nach welcher angenommen werden soll, daß die Ausübung des besessenen Rechts auch in der Zwischenzeit fortgesetzt worden sei, wenn nur der Anfang und

das Ende des Besitzes nachgewiesen ist. Jene Auslegung, welche den Beweis der Verjährung bei Servituten gegen die allgemeinen Grundsätze ungewöhnlich erschweren würde, wird auch durch die, in den Allegaten des §. 14. enthaltene Hinweisung auf die Vorschriften der §§. 596. und folgende Tit. 9. Th. I. des A. L. R. widerlegt, weil diese Bezugnahme eine Übereinstimmung des §. 14. mit den, in den angeführten §§. enthaltenen allgemeinen Grundsätzen Rücksichts der Verjährung klar andeutet, und solche also zur Erläuterung des §. 14. dienen.

Der §. 14. kann und will daher ein Mehreres nicht festsetzen, als was überhaupt aus dem Begriff der Besitzergreifung und der, zur Begründung der Verjährung geeigneten Ausübung eines negativen Rechts folgt, d. h. der Verjährende muß die freie und offene Ausübung der streitigen Befugniß am Anfang und zu Ende der Verjährungszeit nachweisen; alsdann ist anzunehmen, daß er dieselbe, wie sich von selbst ergiebt, als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen und durch rechtsverjährte Zeit ununterbrochen ausgeübt habe.

Wie könnte auch der Verjährende die Besitznahme der Servitut als die eines wirklichen Rechtes und den Ausschluß des Precariums anders darthun, als durch den Beweis der ungestörten Ausübung, der Wiederholung der nämlichen Besitzhandlungen mit Vorwissen und Duldung desjenigen, dessen Rechte durch die Servitut beschränkt werden? Das A. L. R. giebt auch keine eigenthümlichen Vorschriften an die Hand, wie man eine Befugniß als ein wirkliches Recht in Besitz zu nehmen habe, und verlangt ebensowenig, daß der Verjährende die Negative, daß er nämlich sich des Besitzes nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung angemaaßt, wie etwas Positives besonders beweisen soll. Dasselbe läßt

vielmehr aus den Umständen schließen, ob Gewalt, Verheimlichung oder Vergünstigung vorgewaltet haben oder nicht; die Umstände aber, aus denen solche Besitzfehler folgen würden, mag der Gegner aufsuchen, und unter Führung ihres Beweises geltend machen, wie es nach der Natur der Sache ihm obliegt.

Der Verjährende hat daher genug gethan, wenn von ihm der Beweis der frei und öffentlich, ohne Widerspruch und Störung Seitens des Verpflichteten erfolgten Ausübung der streitigen Befugniß geführt worden ist. Dieser Beweis muß aber sowohl von demjenigen, der sich auf die gewöhnliche Verjährung von zehn Jahren beruft, als auch von dem, welcher sich auf die dreißigjährige Verjährung stützt, gleichmäßig beigebracht werden. In der Beziehung läßt sich mithin ein Unterschied zwischen beiden Arten der Verjährung aus dem §. 14. Tit. 22. Th. I. des A. L. R. nicht herleiten. Dieser §. erfordert zum Beweise der Besitznahme des Rechts eben das und nicht mehr bei der zehnjährigen, wie bei der dreißigjährigen Verjährung, auch nicht weniger bei der letztern, als bei der erstern. Die verschiedenen Erfordernisse beider müssen vielmehr aus dem Abschn. 9. „von der Verjährung" Tit. 9. a. a. O., als dem eigentlichen Sitz der Materie, entnommen werden.

Danach zählt die ordentliche (zehnjährige) Verjährung durch Besitz zu ihren Requisiten einen, zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titel. Bei dieser Art der Verjährung muß also der Verjährende, außer dem Besitz des Rechts, noch den Titel zum Eigenthum nachweisen, §. 579. a. a. O. (possessionem titulatam), und dies wird dadurch gerechtfertigt, daß bei einer so kurzen Verjährungsfrist das Interesse des Gegners besonders gefährdet erscheint,

der, von dem Verjährenden zu führende Beweis mithin eine Begünstigung nicht verdient.

Wer sich dagegen auf die dreißigjährige Verjährung gründet, ist nach §. 625. a. a. O. von dem Nachweise des Titels frei; sein Titel coincidirt mit dem langjährigen factischen Besitz, er besitzt *pro possessore*, er kann keinen Titel seines Besitzes angeben, und braucht ihn nicht nachzuweisen.

Diese Idee liegt der obigen Pandektenstelle zum Grunde, und mit Berücksichtigung alles dessen löst sich der Zweifel in der aufgeworfenen Frage dahin auf:

1. daß der §. 14. a. a. O. in der Bestimmung der Erfordernisse über die Besitznahme und Ausübung des Rechts, sowohl auf die ordentliche zehnjährige, als auf die außerordentliche dreißigjährige Verjährung Anwendung findet, und

2. daß, um diesen Erfordernissen zu genügen, es jedoch nur des Nachweises der ruhigen und ungestörten Ausübung des Rechts bedarf.

№ 19.

Kurmark. Altmark. Neumark. Lehn. Allodification. Allodialgläubiger. Consens. Agnat. Priorität.

Wenn bei Märkischen Lehnen in dem Hypothekenbuche keine Agnaten vermerkt sind, so hat auch ein Allodialgläubiger, dessen Forderung ohne Consens der Agnaten eingetragen ist, bei der Concurrenz mit gesetzlichen Lehnsschulden auf Befriedigung aus der Sub-

stanz des Lehns, nach der, durch die Zeit der Eintragung bestimmten Ordnung Anspruch [1]).

A. L. R. Th. I. Tit. 18. §§. 228. 331. 332. 343., Tit. 20. §. 500.

A. G. O. Th. I. Tit. 50. §. 387.

---

1) Vgl.

I. Scholtz, Provincialrecht der Kurmark Brandenburg Abth. II. Th. I. S. 271. u. flgd. Es heißt dort S. 271.:

„Hier ergiebt sich schon aus der obigen Ausführung, daß das Vorhandensein von Descendenten einen Märkischen Lehnsbesitzer in seiner Verfügung über das Lehn nicht beschränkt, und er daher auch über ein allodificirtes Lehngut, gleich einem vollen Eigenthümer, disponiren kann, wenn keine Agnaten und Gesammthänder vorhanden sind. Daraus folgt denn auch, daß, wenn ein solcher Lehnsbesitzer einem blos persönlichen Gläubiger das Lehn ausdrücklich verpfändet hat, dieser seine Rechte aus diesem Titel durch Eintragung, Sequestrationen und Subhastation geltend machen kann, ohne daß die Descendenz des Besitzers dem widersprechen darf."

II. Götze, Provincialrecht der Altmark Th. I. Abth. 1. S. 233., welcher bemerkt:

„Ein ganz gleicher Erfolg, daß nämlich nicht die Substanz, sondern nur die Früchte als verpfändet angesehen werden können, tritt aber auch dann in der Mark ein, wenn zwar die Schuldurkunde und die vorhandenen Consense auf Verpfändung der Substanz lauten, aber nicht alle eingetragenen Agnaten den Consens ertheilt haben. Die Verpfändung der Substanz setzt einen Consens aller eingetragenen Agnaten voraus (§. 6. declar. Lehns-Constit. v. J. 1723), wo der Consens Einiger fehlt, darf um ihretwillen das Gut selbst nicht angegriffen werden. Der Natur der Sache nach sind also bis zur Beschaffung ihres Consenses die Früchte des Gutes, welche während der Besitzzeit der Linie des Verpfänders und der Linien derjenigen Agnaten, welche consentirt haben, erhoben werden, Object der Verpfändung. Sollten die Linien der Agnaten, welche nicht consentirt haben, aussterben, so fällt dann jenes Hinderniß hinweg, und es ist dann die Verpfändung der Substanz eine gültige."

D. H.

Assecuration vor die Ritterschafft in der Chur-Marck Brandenburg vom 30. Junii 1717. §. 1.; C. C. M. Th. II. Abth. V. № 62. Col. 89. u. flgd. [2]).

Declarirte Constitution, wie es wegen Succession der Agnaten bey den Veräußerungen, Versorgung der Wittiben, Aussteuer der Töchter und was dem anhängig, wie auch mit der Registratur und dem Land-Buch, ratione derer Ritter-Güter in der Alten-Marck, Prignitz, Mittel- und Ucker-Mark, auch Beeß- und Storkowschen Creyßen zu halten, sub dato Berlin, den 1. Junii 1723. §. 6.; a. a. O. № 76. Col. 125. u. flgd. [3]).

Vgl. Constitution, für die Ritterschafft der Neu-Marck, Sternberg und incorporirten Creyser, wie es mit Verpfändung und Veräußerung der Adelichen Güter, als auch mit der dispositione ultimae voluntatis über dieselben, Succession der Agnaten ꝛc. gehalten werden soll, de dato Berlin den 14. Au-

---

2) Auch abgedruckt bei Rabe, Samml. Preuß. Gesetze Bd. I. Abth. 1. S. 441. u. flgd. und in der Sammlung der Provincial- und statutarischen Gesetze in der Mark Brandenburg. Berlin 1832. Abth. II. S. 211. u. flgd. D. H.

3) Auch bei Rabe, a. a. O. S. 657. u. flgd. und in der angeführten Sammlung Abth. II. S. 463. u. flgd. D. H.

gusti 1724. §§. 1. 6. u. 11.; a. a. O. № 78. Col. 137. u. flgd. [4]).

Das, in der Altmark belegene Rittergut Schönhausen war früher ein von B.sches Familien-Lehn. Unter dem 7. Januar 1808 stellte der damalige Besitzer desselben, General-Lieutenant von B., eine Schuldverschreibung über ein als Darlehn empfangenes, jetzt den Geschwistern H. zugehöriges Capital von 2150 Thlrn. aus, auf Grund deren dasselbe, jedoch mit Vorbehalt der Rechte der Agnaten, in das Hypothekenbuch Rubrik III. № 24. eingetragen ward. Durch den Kauf- und Cessions-Vertrag vom 28. Februar 1811 veräußerte der General-Lieutenant von B. Schönhausen an seinen Sohn, den Rittmeister von B., und während dessen Besitzzeit kam unter dem 19. Mai 1812 ein Familien-Vertrag zu Stande, in Folge dessen sämmtliche, auf Schönhausen in der zweiten Rubrik eingetragene Agnaten des von B.schen Geschlechts, einschließlich der Söhne des Rittmeisters von B., in dem Hypothekenbuche gelöscht wurden. Der Rittmeister von B. erhielt auf diese Weise die freie Verfügung über das Gut. In einem, am 27. April 1827 ausgestellten

4) Ebenfalls bei Rabe, a. a. O. S. 677. u. flgd. und in der erwähnten Sammlung Abth. II. S. 488. u. flgd.

Der §. 1. verordnet wörtlich:

„Wann in der Neu-Marck, Sternberg und incorporirten Creysern ein Besitzer eines Adelichen Guts keine Agnaten oder Successores, denen vermöge der ehemahligen Mit-Belehnschafft das Jus succedendi daran zustehet, sondern nur Söhne hat; So stehet demselben frey, solches nach seinem Gefallen zu verhypotheciren, oder auch gar zu veralieniren, und müssen die Söhne solche Hypothecation und Veräußerung agnosciren, und auf keinerlei Art und Weise solche zu impugniren sich unterfangen.“ D. H.

Schuld-Instrumente erkannte er an, daß seine, von ihm geschiedene Ehefrau ihm ein Vermögen von 43,500 Thlrn. zugebracht habe, und bewilligte die Eintragung dieses Kapitals auf Schönhausen, welche in der Rubrik III. № 29. erfolgte. Hiernächst verkaufte er das Gut durch den Vertrag vom 9. Juni 1830 an den Justiz-Commissar H. In dem Besitz des Letztern ward Schönhausen, wiewohl dasselbe in dem Hypothekenbuche noch als Lehn bezeichnet war, zur nothwendigen Subhastation gestellt, und durch den Adjudications-Bescheid vom 4. Juli 1835 dem Stadtrath G. als Allodium zugeschlagen.

Bei der Vertheilung der Kaufgelder behauptete die separirte von B., daß die Geschwister H. nicht berechtigt seien, wegen des, für sie eingetragenen Capitals Befriedigung aus der Kaufgelder-Masse zu fordern, und trat deshalb klagend mit dem Antrage auf:

die Geschwister H. mit dem Capitals-Anspruche an die Kaufgelder-Masse von Schönhausen zurückzuweisen.

Sie gründete diesen Anspruch darauf, daß Schönhausen bis zum Zuschlage an den G. Lehn geblieben sei, und folgerte hieraus, daß die Kaufgelder eine Lehnsmasse bildeten, und als solche zu behandeln wären. Sie behauptete ferner, daß die Forderung der Geschwister H. nur das Allodial-Vermögen berühre, und bei dem Mangel des Consenses der Agnaten auch durch die Eintragung keinen Anspruch auf die Substanz des Lehns und jetzt auf die, in dessen Stelle getretene Kaufgelder-Masse erworben habe, daß dagegen ihre eigene Forderung eine gesetzliche Lehnsschuld sei, und als solche unbedingt aus der Substanz des Lehns befriedigt werden müsse.

Die Geschwister H. stellten in Abrede, daß Schönhausen zur Zeit des erfolgten Zuschlages noch Lehn gewe-

sen, und behaupteten vielmehr, daß die Lehns-Eigenschaft schon durch den Familien-Vertrag vom 19. Mai 1812, durch die in Folge dessen bewirkte Löschung der Agnaten, so wie durch den Verkauf des Gutes an den Justiz-Commissar H. erloschen sei. Sie bestritten zugleich die, aus der Lehns-Eigenschaft abgeleiteten Folgerungen, insbesondere daß die Kaufgelder wie eine Lehnsmasse zu betrachten und zu behandeln seien; und führten aus, daß, bei dem Mangel aller Agnaten, von einem Nexus der Lehnsgläubiger und deren eventuellen Rechten auf das Lehn so wenig die Rede sein dürfe, als davon, daß die agnatischen Rechte, für die kein legitimirter Inhaber mehr vorhanden sei, in den Lehnsgläubigern fortdauern, noch mit deren, als gesetzliche oder consentirte Lehnsschulden eingetragenen Forderungen verbunden sein können. Die Verklagten erachteten daher auch die Klägerin nicht für legitimirt, von ihnen den Nachweis zu verlangen, daß ihre Forderung eine gesetzliche oder consentirte Lehnsschuld sei; behaupteten aber eventuell, daß diese Eigenschaft ihrer Forderung zukomme, und traten darüber Beweis an.

Die **Deputation** des **ersten Senats** des **Oberlandesgerichts** zu **Magdeburg** für **summarische Processe** nahm den Beweis, daß das, für die Verklagten eingetragene Capital in das Lehn verwandt sei, und dadurch die Natur einer Lehnsschuld erhalten habe, für geführt an, erklärte aber auch die, von der Klägerin erhobene Einrede, daß die Forderung der Verklagten keine Lehnsschuld sei, für einen, aus dem Rechte der Agnaten, also dritter Personen, entnommenen Einwand, und erkannte deshalb in der Sitzung vom 11. Februar 1837 auf **Abweisung** der **Klägerin**.

Die separirte **von B.** appellirte, und die **Deputa-**

tion des zweiten Senats des genannten Oberlandesgerichts hielt den, von ihr erhobenen Anspruch in rechtlicher Beziehung für begründet, dagegen die Thatsache, daß Klägerin ihrem gewesenen Ehemanne die Summe von 43,500 Thlrn. zugebracht habe, nicht für vollständig erwiesen. Demzufolge ward durch das, in der Sitzung vom 22. Juni 1837 abgefaßte Erkenntniß der Klägerin ein Eid darüber auferlegt,

> daß sie diejenigen 43,500 Thlr., für welche ihr geschiedener Ehemann, der Rittmeister von B., in Folge des Schuldbekenntnisses vom 27. April 1827 mit dem Rittergute Schönhausen Sicherheit bestellt, demselben wirklich in die Ehe gebracht habe,

und im Fall der Ableistung dieses Eides ward die, dem Capitalsbetrage der Verklagten gleich kommende Summe von 2150 Thlrn. der Klägerin zugesprochen.

Gegen dieses Urtel legten die Verklagten die Revision ein, worauf das Geheime Ober-Tribunal in seinem Urtel vom 16. Juli 1838 das Erkenntniß erster Instanz wiederherstellte.

Gründe.

Nach §. 500. Tit. 20. Th. I. A. L. R. wird, wenn eine Sache Mehreren zur Hypothek verschrieben und zu ihrer aller Befriedigung unzureichend ist, das Vorzugsrecht unter ihnen lediglich nach der Ordnung der geschehenen Eintragung bestimmt, und im Einklange hiermit verordnet der §. 387. Tit. 50. Th. I. der A. G. O., daß bei Ansetzung der, nach Vorschrift der Hypotheken-Ordnung eingetragenen Forderungen in der dritten Klasse nur die Zeit der erfolgten Eintragung die Ordnung bestimme, in welcher sie auf einander folgen, ohne daß auf deren Ursprung oder die ihnen sonst anklebenden Vorzugsrechte Rücksicht genommen

werden dürfe. Hiernach würde allerdings die Forderung der Klägerin, als die später eingetragene, derjenigen der Verklagten nachstehen, und den Letzteren die vorzugsweise Befriedigung aus der Kaufgelder-Masse nicht streitig zu machen sein.

Die Klägerin behauptet indessen, mit Rücksicht auf die angeblichen Lehns-Verhältnisse des Guts Schönhausen, eine Ausnahme von diesen Grundsätzen, und der Appellations-Richter hat sich mit ihrer Ansicht im Wesentlichen einverstanden erklärt; der Letztere leitet aus den Vorschriften des A. L. R. Th. I. Tit. 18. §§. 331. 332. u. 343. die Folgerung ab, daß Lehnsschulden, welche aus der Substanz des Lehns befriedigt werden müssen, unter allen Umständen und ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Eintragung, den Vorzug haben vor denjenigen Lehnsschulden, welche nur aus den Früchten des Lehns zu befriedigen sind, noch mehr also vor den bloßen Allodial-Schulden. Der zweite Richter macht ferner die Ansicht geltend, daß für Allodial-Schulden auch durch deren Eintragung ein Hypothekenrecht auf die Substanz des Lehns nicht erworben werden könne, und daß deshalb auf dieselben der §. 387. Tit. 50. Th. I. der A. G. O. überhaupt nicht anwendbar sei.

Dieser Ausführung läßt sich nicht beitreten.

Für die Entscheidung des vorliegenden Falles kann die Frage,

> ob Forderungen, welche aus der Substanz des Lehns berichtigt werden müssen, unter allen Umständen und ohne Rücksicht auf Eintragung und Zeit derselben, den Vorzug vor denjenigen Forderungen haben, welche nur auf die Früchte des Lehns angewiesen sind,

auf sich beruhen, weil nach den thatsächlichen Verhältnissen der Fall nicht vorliegt, in welchem Forderungen verschiede-

ner Natur zu befriedigen sind, von denen die eine nur aus den Früchten, die andere aus der Substanz des Lehns zu berichtigen ist.

Im §. 228. Tit. 18. Th. I. des A. L. R. ist zwar bestimmt, daß der Vasall die Substanz des Lehns überhaupt nicht eigenmächtig mit Schulden beschweren oder sonst belasten kann. Diese Beschränkung bezieht sich indessen nur auf das Verhältniß des Vasallen zu dem Lehnsherrn; die angeführte Vorschrift paßt mithin nicht auf Lehne, welche im Verhältnisse zum Lehnsherrn allodificirt sind, namentlich also nicht auf die Märkischen Lehne, welche in Folge der, im Jahre 1717 geschehenen Aufhebung des lehnsherrlichen Obereigenthums nach der Constitution von 1723 beurtheilt werden müssen. Bei Lehnen, welche einem Obereigenthümer nicht mehr unterworfen sind, hat der Vasall nicht blos das nutzbare, sondern das volle, blos durch die Rechte der Agnaten beschränkte Eigenthum[5]); er kann also alle Verfügungen, die er sonst nur mit Zustimmung des Lehnsherrn zu treffen befugt war, jetzt allein vornehmen. Eben deshalb ist es unbedenklich, daß alle Hypotheken, die der Vasall auf das Lehn bestellt, dessen Substanz ergreifen, da dies eben bei dem Bestehen des lehnsherrlichen Obereigenthums die Folge der Zustimmung des Lehnsherrn ist. Nach dem A. L. R. waltet in dieser Beziehung auch kein Unterschied zwischen den gesetzlichen Lehns- und anderen, vom Lehnsherrn consentirten Schulden ob; es trifft vielmehr jede Schuld, welche der Lehnsherr auf die Substanz consentirt hat, diese letztere; der Lehnsherr kann nur nicht gezwungen werden, bei Schulden, die

5) Vgl. Götze, a. a. O. S. 134—136., und Scholtz, a. a. O. S. 262. 266. u. flgd. D. H.

nach den Provincial-Gesetzen die Substanz des Lehns nicht angehen, sondern, wie die Allodial-Schulden des Vasallen, nur aus den Früchten des Lehns bezahlt werden, seinen Consens zur Verpfändung der Substanz zu ertheilen; A. L. R. Th. I. Tit. 18. §§. 229. u. flgd.

Auf der anderen Seite sind jedoch durch die Aufhebung des lehnsherrlichen Obereigenthums die Rechte der Agnaten nicht verändert worden; es unterliegen daher auch die Märkischen Lehne dem Grundsatze, daß der Vasall zum Nachtheil der Agnaten über das Lehn nicht verfügen kann. Die §§. 331. u. 332. a. a. O. gestatten aber den gerichtlichen Verkauf des Lehns nur in zwei Fällen, nämlich wegen Lehnsschulden, für welche die Substanz des Lehns auch ohne besondere Einwilligung der Interessenten haftet, und wenn der Lehnsherr und sämmtliche Agnaten oder Mitbelehnte in die Verpfändung der Substanz des Lehns für eine Schuld ausdrücklich gewilligt haben. Es kann daher, wenngleich nach der obigen Ausführung ein Lehnsherr, dessen Consens erforderlich wäre, hier nicht vorhanden ist, und daher die Substanz durch die Verpfändung betroffen wird, doch in Zweifel gezogen werden, ob Allodial-Gläubiger berechtigt sind, auf den gerichtlichen Verkauf des Lehns zu dringen, wenn ihre Forderungen nicht von sämmtlichen Agnaten consentirt sind. Einer näheren Erörterung dieser Frage bedarf es indeß für den vorliegenden Fall nicht, da eine Beschränkung der Wirkungen einer Lehnsschuld wegen der Rechte der Agnaten jedenfalls nur insofern eintreten kann, als das Hypothekenbuch [6]) Agnaten

6) Vgl. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §§. 290. 291. und Edict wegen der Gesammthänder und des Successions-Rechtes, de dato Berlin, den 4. August 1763; N. C. C. Bd. III. № 51. Col. 255. u. flgd.

nachweist, welche dem gerichtlichen Verkaufe zu widersprechen berechtigt sind. Wenn dagegen das Hypothekenbuch keine Agnaten ergiebt, diejenigen also gar nicht vorhanden sind, welche befugt erachtet werden könnten, den Gläubiger zu hindern, sein auf die Substanz erlangtes Recht durch Verkauf des Lehnes geltend zu machen: so muß der letztere auch auf Andringen des Gläubigers erfolgen, und die sonst noch eingetragenen Gläubiger können nach der Natur der Sache zu einem Widerspruch nicht berechtigt sein, der allein aus dem Rechte der Agnaten abzuleiten ist, und daher auch nur von diesen geltend gemacht werden darf.

Ein Fall der Art liegt hier vor. Es sind auf Schönhausen keine Agnaten eingetragen; das Gut, wiewohl im Hypothekenbuche noch als Lehn bezeichnet, konnte daher zum Verkauf gestellt und dem Käufer als freies Eigenthum überlassen werden.

Nach dem Angeführten kann nun zwar auch dem Appellations-Richter zugegeben werden, daß der §. 387. Tit. 50. Th. I. der A. G. O. nur da Anwendung findet, wo die Substanz der Sache Gegenstand des Pfandrechtes ist. Dies ist aber hier wirklich der Fall, und kein Grund vorhanden, die Kaufgelder in zwei Massen zu theilen, von denen die eine zur Befriedigung der, auf die Substanz berechtigten Gläubiger, die andere zur zinsbaren Belegung für die, nur aus den Früchten zu befriedigenden Gläubiger zu verwenden wäre. Die Verklagten gehören in der That zu den Gläubigern, die aus der Substanz des Lehns Bezahlung er-

(auch abgedruckt bei Rabe, a. a. O. Bd. I. Abth. 2. S. 547. u. flgd. und in der Note 2) angeführten Sammlung, Abth. II. S. 712. u. flgd.). Über dies Edict sind zu vergleichen Scholtz, a. a. O. S. 202—214. 252—263.; Götze, a. a. O. S. 177—185. 221.; und von Kunow, Provincialrecht der Neumark Abth. II. S. 33—40. D. H.

erhalten müssen, weil die Substanz ihnen verpfändet ist, und gültig hat verpfändet werden können; nur dann würden sie Befriedigung aus der Substanz zu fordern nicht befugt sein, wenn Agnaten vorhanden gewesen wären, deren Rechte den Verkauf des Lehns unzulässig gemacht hätten. Die Berechtigung der Verklagten, aus den Kaufgeldern Befriedigung verlangen zu können, hing also blos von der rechtlichen Möglichkeit der Subhastation auf ihren Antrag ab; die Rechte der Klägerin aber würden im günstigsten Fall nur dann stärker sein, wenn sie allein die Subhastation zu bewirken im Stande und hiervon die Bildung einer eigenen Lehnsschulden-Masse die Folge gewesen wäre. Ein besonderes Vorzugsrecht, anderen, auf die Substanz der Güter eingetragenen Gläubigern gegenüber, kann dagegen die Klägerin jedenfalls nicht in Anspruch nehmen.

Aus diesen Gründen muß die separirte von B. mit ihrer unbegründeten Klage abgewiesen und das erste Urtel wieder hergestellt werden.

№ 20.

Vertrag. Subscriptionsliste. Verleger. Firma.

In welcher Art ist in einer Subscriptionsliste der Verleger zu bezeichnen, damit zwischen ihm und den Subscribenten ein rechtsgültiger Vertrag zu Stande komme? Genügt dazu — außer dem Falle einer Hand-

lungsfirma — eine, mit dem Namen des Verlegers nicht zusammentreffende Bezeichnung?

A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 1 [1]).

Der Buchhändler Glöckner in Berlin ist Verleger einer „Gallerie ausgezeichneter Lithographien." Der Plan dazu ist auf vier Hefte, jedes zu zwölf Blättern, angelegt, von denen alle Vierteljahre ein Blatt erscheint, das Werk also in zwölf Jahren vollendet sein soll. Nachdem fünf Blätter erschienen waren, kündigte Glöckner auch ein Tagesblatt: „der Erzähler" an. Zufolge des ausgegebenen gedruckten Prospects erscheinen davon in jeder Woche sechs Nummern zu einem Abonnements-Preise von 3 Sgrn. wöchentlich; es werden aber immer nur vier Wochenlieferungen zusammen, das Blatt überhaupt also jährlich dreizehn Male, ausgegeben, und jedes Vierteljahr an die Abonnenten ein Blatt von der Eingangs gedachten Lithographien-Gallerie außerdem mit vertheilt. Jeder Subscribent auf den Erzähler muß die, bei der Unterzeichnung bereits erschienenen Stücke des Blattes ebenfalls abnehmen, und ist so lange gebunden, als die Gallerie dauern wird, mithin auf zwölf Jahrgänge. Bei prompter Erfüllung seiner Verbindlichkeiten erhält der Zahler noch zwei große Prämienbilder, je nach sechs Jahren eins. Der Verleger verspricht seinerseits, die Absendungen pünktlich zu besorgen; der Abonnent soll aber wegen eingetretener Verzögerungen seiner Verbindlichkeiten nicht entlassen sein.

Diesen gedruckten Prospect mit der Überschrift:

„der Erzähler, ein Tagesblatt mit ausgezeichneten Bilderbeilagen, wöchentlicher Subscriptionsbeitrag 3 Sgr.,"

---

1) Vgl. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 12. D. H.

und mit der Unterschrift:

„die Expedition des Erzählers in Berlin,"

schickte Glöckner in den Provinzen durch Colporteure umher, welche zu den Leuten in die Häuser drangen, und denselben die Subscription auf ein so wohlfeiles Tagesblatt mit Bildern, zu einem Betrage von 3 Sgrn. wöchentlich, annehmbar zu machen wußten. Es fand sich auch eine hinreichende Anzahl von Subscribenten; nach und nach traten aber dieselben zurück, vermuthlich weil sie Alle oder doch die Meisten in dem, mit sehr kleiner Schrift gedruckten Prospect die sehr lästigen Bedingungen nicht beachtet hatten. Der Verleger belangte nun die Zurücktretenden, und ließ zu diesem Behufe die Schemata zu den Klagen drucken. Mit einer solchen gedruckten Klage hat er gegenwärtig auch den Bäckermeister Unruh zu Seelow in Anspruch genommen. Dieser wurde durch einen Colporteur Banderski angeworben, setzte unter ein Exemplar des Prospects die Worte:

„Unruh, Bäckermeister. Seelow, den 22. April 1837,"

und nahm sechszehn Nummern des Jahrganges 1837, welche er auch bezahlte. Am 17. Mai 1837 schickte aber Glöckner mit der Post an Unruh noch den ganzen Jahrgang 1836, so wie die Nummern von vier Wochen des Jahrganges 1837, und erbat sich dafür 5 Thlr. 18 Sgr. Unruh nahm jedoch das Packet nicht an, sondern ließ dasselbe an Glöckner zurückgehen. Hierauf gründete der Letztere den Antrag,

daß der Verklagte

1. die erwähnten Nummern des Erzählers sofort abnehme, und dafür 5 Thlr. 18 Sgr., so wie 16 Sgr. Hin- und Rückporto bezahle, und

2. für verpflichtet erachtet werde, das Tagesblatt

auch ferner bis zum Jahre 1847 einschließlich, gegen Zahlung von 3 Sgrn. wöchentlich, abzunehmen.

Der Verklagte wandte ein: bei der Unterzeichnung des Prospects sei ihm die Übernahme einer Verpflichtung auf zwölf Jahre gänzlich unbekannt geblieben; die Ankündigung habe er, eben sehr beschäftigt, gar nicht durchgelesen, und nur aus der groß gedruckten Überschrift ersehen, daß er wöchentlich 3 Sgr. bezahlen solle; der Colporteur habe ihm überdies, bei der dringlichen Aufforderung zur Unterschrift, noch bemerklich gemacht: daß er ja immer wieder abtreten könne, sobald er wolle. Er halte sich dem Kläger zu nichts verpflichtet, weil er mit demselben gar nicht contrahirt habe.

Das Stadtgericht über Seelow wies durch das, am 26. October 1837 eröffnete Erkenntniß den Kläger ab, vornehmlich, weil die Aufforderung zur Subscription nur von dem Verklagten unterzeichnet sei, und die, unter dem Prospect aufgeführte „Expedition des Erzählers in Berlin" die Person des zweiten Contrahenten nicht vertreten könne.

Kläger appellirte, und der zweite Senat des Oberlandesgerichts zu Frankfurt verurtheilte am 23. Februar 1838 den Verklagten ganz nach den Anträgen in der Klage.

Nunmehr legte der Verklagte die Nichtigkeitsbeschwerde ein; er behauptete, daß durch die Entscheidung des Appellationsrichters die §§. 120. u. 142. Tit. 5. Th. I. des A. L. R. verletzt seien. Diese Beschwerde ward durch das Urtel des Geheimen Ober-Tribunals vom 8. September 1838 als unbegründet verworfen.

Gründe.

Der erste Richter hat an die Spitze seiner abweisenden Entscheidung den Grund gestellt, daß ein, für die Zu-

kunft bindender Contract nicht zu Stande gekommen sei, weil in der Subscriptions-Einladung, welche nach der Behauptung des Klägers den Contract vertreten soll, der Name desselben nicht genannt sei, und mit der „Expedition des Erzählers," durch welchen Ausdruck ein bestimmtes Individuum nicht bezeichnet werde, ein Contract nicht habe abgeschlossen werden können.

Dieser Entscheidungsgrund ist vollkommen richtig, und zur Zurückweisung des Anspruchs der allein ausreichende. Es versteht sich von selbst, daß zum Abschluß eines gültigen Vertrages vor Allem nothwendig zwei bestimmte Personen gehören, die mit einander contrahiren wollen [2]. Zufolge des vorliegenden Prospects, der Subscriptions-Einladung, ist dies aber in Beziehung auf den anbietenden Herausgeber oder Verleger durchaus nicht der Fall. In dem Context des Prospects heißt es durchweg: „wir," und unterzeichnet ist derselbe: „die Expedition des Erzählers in Berlin," ohne alle nähere Bezeichnung der Person oder der Personen, aus denen diese Expedition besteht. Die, vom Kläger aufgestellte Behauptung, daß die Unterschrift laute: „die Expedition des Erzählers zu Berlin, Königsgraben 18. A." ist, wie der Augenschein lehrt, actenwidrig; erst in einer spätern Ausgabe des Prospects scheint, nach einem zu den Acten gebrachten Fragment, jene Abänderung beliebt worden zu sein, die jedoch jenen Einwand keineswegs beseitigt haben würde. Die Annahme, daß es unter

2) Vgl. Bornemann, von Rechtsgeschäften; 2te Ausgabe S. 221.:

„Geht man die wesentlichen Bestandtheile eines Vertrages specieller durch, so müssen

1. natürlich die Contrahenten selbst bestimmt sein."

D. H.

den vorliegenden Umständen an der Bezeichnung des Antragenden und somit von der einen Seite an der Person des Contrahenten fehlt, der Prospect daher auch keine Rechte und Verbindlichkeiten begründen kann, würde vielmehr auch dann richtig bleiben, wenn der Prospect wirklich in der, vom Kläger behaupteten Art unterzeichnet wäre.

Es handelt sich hier auch nicht um eine Handlungsfirma[3]), wie solche in ähnlicher Art Verlagsbuchhandlungen nicht selten führen, z. B. die „Vereins-Buchhandlung" in Berlin, die „Industrie-Comptoire" in Leipzig und Weimar, das „bibliographische Institut" in Gotha u. a., bei welchen diese, von der Obrigkeit genehmigten [4]) Firmen die Bezeichnung der Inhaber vertreten. Die „Expedition des Erzählers" ist dagegen nichts als eine ganz willkürlich gewählte Benennung für die Person des nicht namhaft ge-

---

3) Vgl. I. Hinschius, über die Handlungsfirmen, juristische Wochenschrift Jahrg. 1836. S. 712. u. flgd., woselbst es S. 712. heißt: — — „so hat sich dagegen das hiesige Königl. Stadtgericht bestimmt dafür ausgesprochen, daß auch nach der bestehenden Gesetzgebung die Befugniß, eine Firma zu führen, ein ausschließliches Recht wirklicher Kaufleute ist. Außer diesem Fall sieht der genannte Gerichtshof eine Firma für die Führung eines falschen Namens an, welche die Polizeibehörden zu hindern eben so befugt als verpflichtet erachtet werden müssen, und dies um so mehr, als Handeltreibende, welche, ohne Kaufleute zu sein, eine Firma führen, dadurch nicht nur selbst häufig in Verwickelungen gerathen, sondern auch leicht andere Personen zu Handlungen induciren, aus denen diese später keine Rechte herleiten können, oder woraus sie solche nur dann geltend zu machen im Stande sind, wenn sie weitläufige Beweise führen."

II. [Marchand], über die Handlungsfirmen; Gans, Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung S. 36. u. flgd.

D. H.

4) Vgl. A. L. R. Th. II. Tit. 8. §§. 619. u. flgd.

D. H.

machten Herausgebers und Verlegers, wodurch dieselbe indeß keineswegs so genau bezeichnet wird, daß sie als ein bestimmtes Individuum hervortritt. Mit einer Person aber, die sich weder nennt, noch sonst auf eine deutliche, sie von allen Übrigen unzweifelhaft unterscheidende Weise bezeichnet, kann ein rechtsgültiger Vertrag nicht zu Stande kommen.

Der Appellationsrichter will zwar diese Ausführung durch die Bemerkung beseitigen, daß der Mangel der schriftlichen Form eines Vertrages in den Fällen, wo das Gesetz solche als nothwendig vorschreibt, von demjenigen nicht vorgeschützt werden dürfe, welcher selbst die Urkunde unterzeichnet hat, wenn auch dieselbe von dem andern Contrahenten nicht unterschrieben worden ist. Allein diese Bemerkung, deren Richtigkeit hier auf sich beruhen kann, steht mit dem, vom ersten Richter ausgeführten Abweisungsgrund in keiner Beziehung. Denn der letztere beruht nicht darin, daß der Kläger den Vertrag nicht durch seine Unterschrift vollzogen habe, sondern vielmehr darin, daß mit demselben gar nicht contrahirt sei; nicht in dem Mangel der Form, sondern in dem Mangel der Person des einen Contrahenten.

In der zur Beurtheilung vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde werden nun vom Verklagten als verletzt bezeichnet die Vorschriften des A. L. R. Th. I. Tit. 5. §§. 120 u. 142., welche verordnen:

§. 120. „Eine von beiden Theilen unterschriebene Punctation, aus welcher die gegenseitige Einwilligung derselben in alle wesentlichen Bedingungen des Geschäfts erhellet, ist mit einem förmlichen Contracte von gleicher Gültigkeit;"

und

§. 142. „Zwischen Abwesenden vertritt die geführte Correspondenz die Stelle des schriftlichen Vertrages, in-

sofern die Bedingungen und die wechselseitige Einwilligung der Contrahenten daraus zu entnehmen sind."

Nach beiden Gesetzstellen — behauptet Verklagter — müssen aus einem schriftlichen Vertrage die Bedingungen des Geschäfts deutlich und bestimmt erhellen. Dies sei aber bei der, hier als schriftlicher Vertrag angesehenen Subscriptions-Einladung in Beziehung auf die Dauer der Verpflichtung um deshalb nicht der Fall, weil man erst durch complicirte Berechnungen und Folgerungen zu dem Resultate gelange, daß die Abnehmer des Erzählers auf zwölf Jahre verhaftet seien, indem die Gallerie der Lithographien aus achtundvierzig Blättern bestehen, und alle Vierteljahre eins erscheinen, dieselbe also erst in zwölf Jahren beendigt sein solle, andererseits aber die Abonnenten auf den Erzähler an soviel Jahrgänge gebunden seien, als für die Gallerie bestimmt worden. Die Unhaltbarkeit dieser Behauptung des Verklagten liegt indeß zu Tage. Denn, indem derselbe zugiebt, daß man durch Combination aller, in dem Prospect enthaltenen einzelnen Bestimmungen zu jenem Resultate gelangt, wird zugleich die Annahme des Appellationsrichters, daß das Scriptum die, durch die Klage geltend gemachten Bedingungen wirklich enthalte, als richtig anerkannt. Jedenfalls aber kann der Appellationsrichter sich der Verletzung der angeführten Gesetzesstellen nicht schuldig gemacht haben, wenn er von der Voraussetzung ausgeht, daß die wesentlichen Bedingungen des Geschäfts in dem, der Klage zum Grunde liegenden Prospect enthalten sind. Vielmehr hätte der Umstand hervorgehoben werden sollen, daß der Appellationsrichter das Bestehen eines gültigen Vertrages angenommen habe, obwohl es an einer

genügenden Bezeichnung des einen Contrahenten gänzlich mangele. So dagegen, wie die Nichtigkeitsbeschwerde aufgestellt ist, konnte sie nur zurückgewiesen werden.

№ 21.

Erbunterthänigkeit. Grundzins. Schlesien.

Ein Grundzins, welcher vor Publication des Edicts vom 9. October 1807 dem Gutsherrn für die Aufhebung des Unterthänigkeitsverbandes versprochen worden, ist nicht in Folge des gedachten Edicts und des Publicandums vom 8. April 1809 für aufgehoben zu erachten [1]).

Edict vom 9. October 1807, betreffend den erleichterten Besitz und den freien Gebrauch des Grundeigenthums, so wie die persönlichen Verhältnisse der Landbewohner; §§. XI. XII. (Gesetzsammlung von 1806—1810 S. 170.) [2]).

Publicandum vom 8. April 1809, betreffend die, durch das sub dato Memel, den 9. Oc-

1) Einigermaaßen analog ist die Frage: ob durch Aufhebung des Mühlenzwangs diejenigen Abgaben weggefallen sind, welche für eine frühere Aufhebung durch Vertrag constituirt worden? worüber zu vergleichen ist Koch, Schlesisches Archiv Bd. I. S. 176. u. flgd.

D. H.

2) Auch abgedruckt in Mathis, juristischer Monatsschrift Bd. V. S. 169. und Rabe, Samml. Preuß. Gesetze Bd. IX. S. 85.

D. H.

tober 1807 ergangene Edict erfolgte Auflösung der persönlichen Erbunterthänigkeit in der Provinz Schlesien und der Grafschaft Glatz; §§. 6. 7. (ebend. S. 557.)[3]).

Vgl. Verordnung wegen der, in Schlesien entstandenen Mißverständnisse über die Dienstleistungen der Bauern gegen ihre Gutsherrschaft, vom 24. October 1810 (ebend. S. 735.)[4]), und

Gesetz über die, den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse und über die Realberechtigungen in den Landestheilen, welche vormals eine Zeit lang zum Königreich Westphalen gehört haben, vom 21. April 1825; §. 44. (Gesetzsammlung S. 80.).

Mittelst gerichtlichen Vertrages vom 9. April 1789 entließ der damalige Besitzer von Nieder-Buchwald A. den Besitzer der Bargeschen Papiermühle B. aus dem Unterthänigkeitsverbande, unter Begebung der ihm daraus zustehenden Rechte, gegen Zahlung eines Pauschquantums von 500 Thlrn., so wie gegen Erhöhung des, von dem B. zu entrichtenden Grundzinses um jährlich 5 Thlr., welche zufolge Verfügung vom 12. September 1792 mit Bemerkung ihres Ursprungs in das Hypothekenbuch eingetragen wurden. Diesen Mehrbetrag des Zinses forderte der gegen-

---

3) Auch in den Jahrbüchern Bd. III. S. 199. und Rabe, a. a. O. Bd. X. S. 79. D. H.

4) Auch in Mathis, a. a. O. Bd. IX. S. 437. und Rabe, a. a. O. Bd. X. S. 431. D. H.

wärtige Besitzer des Gutes Nieder-Buchwald X. im Wege der Klage von Z., dem jetzigen Eigenthümer jener Mühle.

Der Verklagte wandte ein, daß der Mehrbetrag des Zinses als ein Ausfluß der Erbunterthänigkeit mit der letzteren durch das Edict vom 9. October 1807 und das Publicandum vom 8. April 1809 aufgehoben sei, wurde aber vom Gerichtsamte Nieder-Buchwald am 30. September 1837 nach dem Klageantrage verurtheilt. Der erste Senat des Oberlandesgerichts zu Glogau fand dagegen den Einwand des Verklagten durchgreifend, und wies den Kläger durch das, am 3. März 1838 eröffnete Erkenntniß ab. In den

Gründen

wurde ausgeführt:

Der Zweck der angeführten Verordnungen sei die Aufhebung sowohl der dinglichen Beschränkungen des Eigenthums, als der persönlichen Lasten, die aus der Erbunterthänigkeit entspringen. Beide Gesetze schieden diese Lasten und Verpflichtungen genau von solchen, die aus einem andern Grunde, z. B. aus Verträgen u. s. w., entstanden seien. Dies ergebe der Eingang des Edicts vom 9. October 1807, wo es heiße:

„Wir haben ferner erwogen, daß die vorhandenen Beschränkungen theils im Besitz und Genuß des Grundeigenthums, theils in den persönlichen Verhältnissen des Landarbeiters Unserer wohlwollenden Absicht vorzüglich entgegenwirken" rc.,

so wie der §. XII., worin verordnet werde:

„Nach dem Martini-Tage 1810 giebt es nur freie Leute, so wie solches auf den Domainen in allen Unsern Provinzen schon der Fall ist, bei denen aber, wie sich von selbst versteht, alle Verbindlichkeiten, die ihnen als freien

Leuten, vermöge des Besitzes eines Grundstücks, oder vermöge eines besondern Vertrages obliegen, in Kraft bleiben."

In gleicher Weise unterscheide das, zur Declaration dieses Edicts erlassene Publicandum vom 8. April 1809. Dasselbe verordne zuvörderst in den §§. 1—5., welche Rechte und Befugnisse der Gutsherrschaften fortdauern; bestimme hierauf im §. 6.:

„Dagegen sind durch die, in den §§. X. XI. und XII. des, sub dato Memel, den 9. October 1807 ergangenen Edicts erfolgte Aufhebung der persönlichen Erbunterthänigkeit auch alle und jede, aus der persönlichen Erbunterthänigkeit der Dorfbewohner herfließende Gerechtsame der Gutsbesitzer für zugleich mit aufgehoben zu achten,"

und erkläre demzufolge im §. 7. insbesondere für aufgehoben „das den Gutsherren zugestandene Recht, für die Loslassung aus der Erbunterthänigkeit persönliche und dingliche Loslassungsgelder zu fordern." Von solchen Loslassungsgeldern sei aber im vorliegenden Fall die Rede.

Der Kläger erhob die Nichtigkeitsbeschwerde. Das Geheime Ober-Tribunal vernichtete am 19. Mai 1838 das zweite Urtel und bestätigte in der Sache selbst das erste Erkenntniß.

Gründe.

Der Kläger rügt mit Recht, daß der vorige Richter die, in dessen Urtel angeführten gesetzlichen Vorschriften unrichtig ausgelegt habe, wenn er annimmt, daß darin alle, ursprünglich mit der persönlichen Erbunterthänigkeit verbunden gewesene Verpflichtungen und Rechte aufgehoben worden, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben noch unverändert bestehen oder an deren Stelle schon früher durch freie Übereinkunft der Betheiligten andere getreten seien.

Die erwähnten Gesetze konnten nur eine Aufhebung der, bei ihrer Publication noch bestehenden Ausflüsse der Erbunterthänigkeit, welche damals wirklich den Besitz und Genuß der bäuerlichen Besitzungen beschränkten, nicht aber der, bereits durch Loskauf beseitigten Unterthänigkeit und der, mit dieser verknüpft gewesenen, nicht mehr bestehenden Rechte und Verpflichtungen beabsichtigen. Denn die letzteren standen dem, im Eingange des Edicts vom 9. October 1807 angegebenen Zwecke des Gesetzes nicht weiter entgegen. Durch den Loskauf im Jahre 1789 war im vorliegenden Fall der Unterthänigkeit des Besitzers der Barschen Papiermühle nicht etwa blos ein Surrogat substituirt, sondern zwischen demselben und dem Gutsherrn eine wirkliche Novation begründet, vermöge welcher an die Stelle der Erbunterthänigkeit ein Kaufpreis getreten und mit dessen Zahlung die erstere erloschen war. Auch die vorbedungene Erhöhung des Grundzinses kann nicht als ein Surrogat der Erbunterthänigkeit betrachtet werden, welches diese letztere dauernd zu repräsentiren vermochte; der Mehrbetrag des Grundzinses ist vielmehr mit ein Gegenstand der umgewandelten und theilweise realisirten Verpflichtung des Verklagten. Die Rechtsbeständigkeit des Vertrages ist anerkannt, und der §. XII. des Edicts vom 9. October 1807, welcher Vertragsverhältnisse aufrecht erhält, kann nicht gegen den Kläger, sondern nur für ihn gedeutet werden; das Gesetz hat die vorhandenen Rechtsverhältnisse in ihrer damaligen Gestalt im Auge, und unterscheidet dabei mit Rücksicht auf den Grund der, den Unterthanen obliegenden Verpflichtungen, ob nämlich dieser blos in dem Verhältnisse der Erbunterthänigkeit oder in einem Vertrage ꝛc. liege, nicht aber nach ihrem geschichtlichen Ursprunge.

Überdies wird in der Allerhöchsten Cabinetsorder vom

24. October 1810 ausdrücklich gesagt, daß mit dem 11. November des gedachten Jahres blos die Verpflichtungen aufhören, welche im Edict vom 9. October 1807 als zur Gutsunterthänigkeit gehörig ausdrücklich und namentlich bezeichnet und in der, besonders für Schlesien am 8. April 1809 ergangenen Verordnung ganz bestimmt genannt sind, daß aber alle übrigen Abgaben und Lasten, welche aus dem gutsherrlichen Verhältnisse entspringen, in allen Provinzen der Monarchie fortdauern.

Die ausdehnende Anwendung der mehrfach allegirten Gesetze enthält daher eine unstatthafte Rückanwendung derselben, die, wenn sie richtig wäre, eine Auflösung und Zerrüttung der, unter dem Schutze der Gesetze mit rechtlicher Wirkung entstandenen Vertragsverhältnisse herbeiführen müßte, welche der Gesetzgeber nicht bezweckt hat. Wo die Erbunterthänigkeit durch Loskauf bereits aufgehoben war, bestand ein Verhältniß, welches von jenen Gesetzen nicht betroffen, und mithin nicht geändert wurde.

Auch findet sich in dem späteren Gesetz über die, den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse und über die Realberechtigungen in den Landestheilen, welche vormals eine Zeit lang zum Königreich Westphalen gehört haben, vom 21. April 1825 §. 44. (Gesetzsammlung S. 80.) eine analoge Vorschrift, in welcher die Absicht des Gesetzgebers noch deutlicher hervortritt. Dort wird nämlich ausdrücklich die Fortdauer derjenigen Leistungen festgesetzt, die aus der Verwandlung einer solchen Leistung entstanden sein möchten, welche zu der Klasse der aufgehobenen, aus der Leibeigenschaft entsprungenen gehört, und namentlich das Beispiel angeführt, wenn ungemessene Dienste in Geld- oder Naturalabgaben oder gemessene Dienste unabänderlich verwandelt worden sind.

№ 22.

Compensation. Appellations-Instanz.

Der Einwand der Compensation ist in zweiter Instanz noch zulässig, und der Appellationsrichter über denselben materiell zu erkennen verpflichtet [1]).

A. L. R. Th. I. Tit. 16. §§. 300. 301.

A. G. O. Th. I. Einleitung §. 58., Tit. 14. §§. 19. 49. 63., Anhang §§. 123. 128.

---

1) Vgl. I. Merckel, Commentar zur A. G. O., welcher Bd. I. S. 164. (zu §. 49. Tit. 14. Th. I.) bemerkt:

„Der Kläger darf in der Appellationsinstanz kein neues fundamentum agendi vorbringen, wohl aber der Verklagte neue Einwendungen, z. B. exceptionem compensationis,"

und ebend. S. 204. (zu §. 6. Tit. 19. Th. I.):

„Wenn die exceptio compensationis erst in der Appellationsinstanz opponirt wird (sie mag nun mit der Convention aus einerlei Geschäft herrühren oder nicht), so kann der Appellat blos mit der Klage abgewiesen, aber nicht in die Bezahlung der übersteigenden Summe verurtheilt werden;"

vgl. ebend. S. 168. (zu §. 63. Tit. 14.) und S. 208. (zu §. 13. Tit. 19. Th. I.).

II. Dorguth, Etwas über den Einwand der Compensation (Jahrbücher Bd. XXXVI. S. 229.), wo es heißt:

„Der Einwand (der Compensation) findet in den fernern Instanzen statt, die Reconvention nicht, da sonst — eine Instanz übersprungen würde, vgl. hierbei §. 123. Anh. zur A. G. O."

III. Bornemann, system. Darstellung des preußischen Civilrechts Bd. III. S. 662., äußert sich dahin:

„Schließlich bin ich, wiewohl hin und wieder das Gegentheil angenommen worden, der Meinung, daß die Vorschützung des Einwandes der Compensation, insofern er überhaupt in demselben Processe geltend gemacht werden darf, auch in zweiter Instanz zulässig ist. Denn der Einwurf, daß dem Kläger eine Instanz entzogen

Die Frage:

ob der Compensations-Einwand noch in zweiter Instanz statthaft, oder, auf Verlangen des Gegners, zur besonderen Verhandlung zu verweisen sei,

war in zwei Senaten des Geheimen Ober-Tribunals verschieden beantwortet. Sie ward zur Berathung des Plenums gebracht, und dies hat sich in dem Beschluß vom 8. April 1839 für die erste Alternative erklärt.

Gründe.

Die aufgestellte Frage ist aus dem Wesen der Compensation und aus dem Unterschiede zwischen dem Compensations-Einwande und der Wiederklage zu entscheiden.

Bei der Compensation stehen wechselseitige Forderungen gegenüber; sie erfordert keinen Vertrag, sondern entspringt als ein, in seiner Wirkung durch die Ausübung bedingtes Recht aus dem Gesetz. Jeder der beiden Gläubiger kann einseitig gegen den andern abrechnen; macht einer von beiden gegen den andern von diesem Rechte Gebrauch, so tritt mit der erklärten Abrechnung die Compensation als wirksam ein.

Der verklagte Schuldner erscheint in dem Processe als der, zur Ausübung der Compensations-Befugniß Berechtigte, der klagende Gläubiger als der, zur Anerkennung dieses Rechts Verpflichtete.

Die Abrechnung äußert sich als Tilgung einer Schuld.

Der

---

werden würde, paßt auf den vorliegenden Fall nicht, da der Verklagte nicht mit einem neuen Anspruch, sondern mit der, auf eine neue Thatsache gegründeten Behauptung hervortritt, daß die Forderung des Klägers bereits erloschen sei."

Anderer Meinung ist

IV. Grävell, Commentar zur A. G. O. Bd. III. S. 72.

D. H.

Der Verklagte macht, indem er eine Gegenforderung aufgiebt, eine darin liegende Zahlung als Schuldner gegen den Gläubiger geltend, um durch sie die Forderung des Letztern als berichtigt nachzuweisen.

Compensation und Zahlung sind insoweit einander gleich zu stellen, und beide Mittel zur Aufhebung einer Verpflichtung haben in der Wirkung manches gemein.

Sind die Erfordernisse der Compensation: eigene, fällige und gleichartige, wechselseitige Forderungen, vorhanden, so kommt es auf den Ursprung der letzteren nicht an.

Wird die anzurechnende Forderung eingeräumt, oder ist sie sonst sogleich klar, so wird die Schuld für erloschen geachtet. Wird die Forderung bestritten, so muß sie, damit die Compensation zur Aufhebung des entgegengesetzten Anspruches wirken könne, nach Vorschrift der Proceß-Ordnung sofort liquide gemacht, nämlich als richtig und abrechnungsfähig nachgewiesen werden.

Dieser Nachweis ist nicht von eigenthümlicher Art. Die Proceß-Ordnung enthält für ihn nicht besondere, abweichende Vorschriften, und es finden daher bei demselben die allgemeinen Grundsätze über den Beweis Anwendung.

Der Schuldner, der anrechnen will, macht die Einrede der Aufhebung der Verbindlichkeit. Der Compensations- und der Zahlungs-Einwand, im Wesen und in der Wirkung gleichartig, gestatten, nach den allgemeinen Vorschriften der Proceß-Ordnung über den Gang des Verfahrens, ebenfalls eine gleichartige formelle Behandlung; A. L. R. Th. I. Tit. 16. §§. 300—302. 342—346. 359—362., A. G. O. Th. I. Einleitung §. 27., Tit. 5. §. 6., Tit. 9. §. 6., Tit. 10. §. 2.

Einer Parthei ist es, der Regel nach, unbeschränkt gestattet, alle, zur Entkräftung eines, gegen sie erhobenen

Anspruchs dienenden Einwendungen im Laufe der Instanz anzubringen; die, für die summarischen und anderen schleunigen Proceßarten bestehenden Ausnahmen bestärken nur die allgemeine Vorschrift; A. G. O. Th. I. Tit. 10. §. 3—5., Tit. 12. §§. 6. 19. Jenes Recht gilt ferner nicht blos für die erste, sondern auch für die zweite Instanz; nur für die Revision treten Beschränkungen ein; a. a. O. Einleitung §. 58., Tit. 14. §§. 19. 49., Tit. 15. §§. 10. u. flgd. Ein Unterschied in Ansehung der Art und Beschaffenheit der Einwendungen findet hierbei nicht statt; es ist einerlei, ob dieselben auf Thatsachen oder Rechtsgründen beruhen.

Auch die, für den Kläger bestehende Einschränkung, neue Thatsachen, die einen veränderten Klagegrund bilden, nach geschehener Einleitung der Instruction nicht anbringen zu dürfen, ist für den Verklagten, der im Laufe des Rechtsganges durch neue Einreden gegen den Anspruch des Klägers sich schützen will, nicht vorhanden; a. a. O. Tit. 5. §§. 21—23., Tit. 10. §. 5. a., Tit. 9. §. 11.

Diese Vorschriften erstrecken sich auch auf den, einem Verklagten zu statten kommenden Einwand der Compensation, welcher, seiner Natur nach, nicht eine so eigenthümliche Beschaffenheit hat, daß er aus dem Gebiete der Einreden ausgeschieden und nach besonderen Grundsätzen beurtheilt werden müßte. Der Umstand, daß die Compensation in der Verfolgung einer Gegenforderung besteht, hebt das Wesen derselben als Einwandes, d. i. eines gesetzlichen Mittels, den Anspruch des Gegners auszuschließen, nicht auf. Es ist nur zu beachten, daß die Compensation als eine Art der Aufhebung von Verbindlichkeiten wirkt, der Schuldner, indem er abrechnet, blos die Erfüllung seiner Verpflichtung gegen den Gläubiger geltend macht, und die Gegenforde-

rung bei der Abrechnung nur als die Art der Erfüllung, als Gegenstand der Leistung, in Betracht kommt.

Die Proceß-Ordnung zählt auch den Compensations-Einwand ausdrücklich zu den Einreden, und zwar zur Klasse der privilegirten, a. a. O. Tit. 24. §. 36.; ein Unterschied unter diesen letzteren ist im Gesetze nicht bestimmt oder auch nur angedeutet worden.

Ganz verschieden von der Compensation ist die Wiederklage, welche sowohl im Gegenstande, wie der Form nach, als ein für sich bestehendes Rechtsverfahren erscheint.

Der Gegenstand der Wiederklage ist zwar auch eine Gegenforderung des Verklagten. Diese wird indeß von ihm nicht nothwendig und ausschließlich zu dem Zwecke verfolgt, um sie auf seine Schuld abzurechnen, sondern zu dem Behuf, um sie, ganz unabhängig von dem Anspruche des Gegners, gegen diesen, als dessen Schuld, zu erstreiten. Die Wiederklage steht und fällt nicht, wie der Einwand der Compensation, mit der Klage; sie kann zwar in ihrem Ausgange, insofern nach der rechtskräftigen Entscheidung über sie und die Klage, Forderung und Gegenforderung abrechnungsfähig einander gegenüber stehen, zur Compensation führen; es wird aber durch diese nur zufällige, das Proceßverfahren nicht bedingende Folge ihre Eigenthümlichkeit und Abweichung von der Compensations-Einrede nicht berührt.

Der wesentliche Unterschied zwischen beiden tritt auch in der Form und in dem Gange des Rechtsverfahrens hervor. Die Klage und Wiederklage, sie mögen gemeinschaftlich oder von einander getrennt verhandelt, sie mögen beide aus demselben, oder jede aus einem besonderen Rechtsgeschäft hergeleitet werden, bilden jede einen für sich bestehenden Streit. Danach sind auch in dem einen und dem anderen Falle

der Gegenstand, Inhalt und Umfang der Entscheidung, so wie die Rechtsmittel, völlig verschieden.

In dieser verschiedenen materiellen und formellen Beschaffenheit der Wiederklage haben die Vorschriften der Proceß-Ordnung über die Behandlung derselben, und über die Pflicht des Wiederklägers, seine Gegenforderung bei der Beantwortung der Klage und spätestens im Termine zur Instruction der Sache anzuzeigen und zur Erörterung zu stellen, ihren Grund; a. a. O. Tit. 19. §§. 1. 2. u. flgd., 9. u. flgd. Die Wirkung der uneigentlichen und der eigentlichen Wiederklage in Beziehung auf den Rechtsgang besteht theils in der gemeinschaftlichen Erörterung der wechselseitigen Ansprüche, theils in der Begründung eines gemeinschaftlichen Gerichtsstandes für die Forderung und Gegenforderung.

Die Beschränkung des Verklagten, seine Wiederklage in einer bestimmten Frist anbringen zu müssen, findet in dem Rechtsverhältnisse selbst, in den Bestimmungen über den Gerichtsstand und in den einzelnen Proceßvorschriften ihre Rechtfertigung. Namentlich ist hieraus auch die Vorschrift des §. 128. des Anhangs zur A. G. O. abzuleiten und demgemäß auszulegen. Sie betrifft den Fall, wenn in erster Instanz gegen den Verklagten eine Contumacial-Entscheidung ergangen, und gegen diese von ihm die Appellation eingelegt worden ist. Der Verklagte soll, unter den gedachten Voraussetzungen, wenn er bei der Instruction in der Appellations-Instanz Gegenforderungen angemeldet hat, und nicht nach dem Verlangen des Klägers in erster Instanz erkannt wird, mit jenen Ansprüchen zur besonderen Verhandlung verwiesen werden.

Diese Vorschrift enthält mithin keine Bestimmung für Verfolgung des Compensations-Einwandes, sondern

eine Festsetzung über die Ausführung einer Gegenforderung im Wege der Wiederklage.

Es wird im §. 128. a. a. O. ausdrücklich auf den §. 7. (soll heißen §. 17.) Tit. 19. Th. I. der A. G. O. über die Wiederklage verwiesen; in der That erscheint aber auch jene Bestimmung nur dann mit den Vorschriften des §. 36. Tit. 24. a. a. O., so wie des Anhangs zur A. G. O. §. 152. über die Zulässigkeit einer Compensations-Einrede zur Abwendung der Execution aus einem rechtskräftigen Urtheile, vereinbar, und den Grundsätzen über die Grenzen des Proceß-Verfahrens gemäß, wenn sie auf die Wiederklage beschränkt und auf den Einwand der Compensation nicht bezogen wird.

Die, mittelst der Wiederklage in der zweiten Instanz geltend gemachte Gegenforderung muß, wenn nicht nochmals in erster Instanz erkannt wird, zur besonderen Verhandlung verwiesen werden, weil die Erörterung der Gegenforderung mit der Forderung zusammen in Einem Verfahren, auf eine Entscheidung über beide Ansprüche durch dasselbe Urtel hinführen müßte, eine solche gleichmäßige Entscheidung über die wechselseitigen Forderungen in zweiter Instanz aber deshalb nicht mehr erfolgen kann, weil es an einem ersten Erkenntnisse über die Gegenforderung fehlt.

Anders verhält es sich mit dem, erst in zweiter Instanz angebrachten Einwande der Compensation. Der Einwand kann nach den oben angeführten Vorschriften unbeschränkt zur Erörterung gebracht werden. Der Mangel eines Erkenntnisses erster Instanz tritt hier nicht hindernd entgegen; denn es ist nicht über die Gegenforderung besonders zu entscheiden, sie ist vielmehr nur als eine, zur Tilgung einer Schuld dienende Leistung nachzuweisen.

Auch wenn der Compensations-Einwand in erster In-

stanz schon entgegengesetzt, vom ersten Richter aber übergangen wäre, würde der zweite Richter über denselben erkennen müssen; Anhang zur A. G. O. §. 123. Nur auf den Beweis der, dem Einwande zum Grunde liegenden Thatsachen ist einzugehen, und diesen verschränkt die Appellations-Instanz, der Regel nach, dem Verklagten nicht.

Aus diesen Gründen muß die, zur Entscheidung vorliegende Frage: „ob der Compensations-Einwand noch in zweiter Instanz zulässig sei," bejahend beantwortet werden.

№ 23.

Schriftlicher Vertrag. Analphabet.

Wenn ein Vertrag, welcher zu seiner Rechtsgültigkeit der schriftlichen Abfassung bedarf, nur von dem einen Contrahenten gehörig unterschrieben, von dem andern, des Schreibens und Lesens unkundigen Contrahenten dagegen blos mit Kreuzen unterzeichnet ist, und deshalb für den Letzteren keine verbindliche Kraft hat, so kann der Erstere sich auf diese mangelhafte Vollziehung des Vertrags nicht berufen, und von demselben ohne weiteres nicht zurücktreten. Er hat nur das Recht, von dem andern Contrahenten zu verlangen, daß dieser entweder ebenfalls den Vertrag in rechtsgültiger Form vollziehe, oder sich die gänzliche Aufhebung gefallen lasse [1]).

---

1) Vgl.

I. Grävell, Generaltheorie der Verträge S. 171. Note 1. (zu §. 175. u. flgd. Tit. 5. Th. I. A. L. R.), welcher bemerkt:

A. L. R. Th. I. Tit. 5. §§. 172—174. 185.; vgl. ebend. §§. 11—13. 131. 155., Tit. 10. §. 16.

— „Mithin ist der Vertrag hinkend, indem er für die andere Parthei verpflichtend bleibt, welche des Schreibens erfahren ist."

Derselben Ansicht sind:

II. Bielitz, Commentar zum A. L. R. Bd. I. S. 625. (zu §. 178. a. a. O.), welcher sie aus §. 5. des Anhangs zum A. L. R. (Th. I. Tit. 5. §§. 175—178.) herleitet, und

III. Bornemann, von Rechtsgeschäften, 2te Ausg. S. 297—299., so wie

IV. Derselbe, system. Darstellung Bd. II. S. 511., wo ausgeführt wird:

„Sodann ist es unbedenklich, daß die Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form nur dem unfähigen Contrahenten ein Recht giebt, die Erfüllung des Vertrages zu verweigern. Dies folgt schon daraus, daß das Gesetz nur zum Besten des Unfähigen gegeben worden. Auch sagt dasselbe nicht, daß Verträge, welche mit den, in den §§. 171. u. 172. d. T. gedachten Personen geschlossen werden, gerichtlich oder vor einem Justizcommissarius errichtet werden sollen, sondern nur, daß jene Personen ihre Verträge dergestalt errichten müssen. Jedenfalls steht dem fähigen Contrahenten seine, in dem von ihm unterschriebenen Aufsatz abgegebene Erklärung als ein Anerkenntniß entgegen. Der fähige Contrahent ist daher von Anfang an, der unfähige wird erst dann gebunden, wenn der Vertrag von beiden Seiten vollständig erfüllt worden. Bis dahin findet zu seinen Gunsten Alles Anwendung, was rücksichtlich zum Theil erfüllter mündlicher Verträge auseinandergesetzt worden."

S. auch

V. Motive zu dem, von der Deputation vorgelegten Entwurf zum Tit. 3. 4. 5. u. 6. Th. I. des A. L. R., wo es S. 107. heißt:

„Eine andere Rücksicht, welche hier zu erwägen steht, und worauf ebenfalls schon oben (S. 67—69. der Motive) aufmerksam gemacht worden ist, betrifft die Befugniß dessen, der sich zu einem mündlichen, oder in Ermangelung einer beglaubigten Form nicht rechtsbeständigen Vertrage auf eine verbindende Weise bekannt hat, von dem andern Theile Ergänzung der Form zu verlangen. Das Anerkenntniß erzeugt in solchem Falle ein Rechtsverhältniß, ähnlich

Am 19. März 1826 schloß der damalige Besitzer des Gutes Groß-Massow, Major von Rahmel, mit den

---

demjenigen, welches entsteht, wenn Jemand mit einer, sich durch Verträge zu verpflichten unfähigen Person contrahirt hat; und so wie in jenem Falle der Vormund binnen einer zu bestimmenden angemessenen Frist zur Ertheilung oder Versagung der Genehmigung aufgefordert werden kann; so muß auch hier dem einseitig Verpflichteten ein Mittel gegeben werden, die Gewißheit zu erlangen, ob gegenseits der Vertrag als verpflichtend anerkannt werde oder nicht. Hierzu haben wir den — — Vorschlag gemacht; wir haben gesagt, daß derjenige, der sich zu einem, wegen Mangels der Form nicht rechtsbeständigen Vertrage auf eine verbindende Weise bekannt hat, ein gleichmäßiges Anerkenntniß binnen der, zur Acceptation eines Anerbietens bestimmten Fristen verlangen könne, und nach Ablauf der Frist nicht mehr gebunden sei. Einer anderen Zeitbestimmung, als zur Acceptation eines Anerbietens überhaupt vorgeschrieben ist, schien es um so weniger zu bedürfen, als es hier nicht auf die Beschlußnahme eines Dritten — des Vormundes oder der vormundschaftlichen Behörde — sondern nur auf Ergänzung der Form ankommt."

Die hier in Bezug genommene Stelle S. 67—69. der Motive lautet:

„Die wesentlichste und durchgreifendste Form der Verträge, weil sie bei allen Gegenständen über funfzig Thaler an Werth erfordert wird, ist die schriftliche Abfassung; und nach dem, im §. 116. d. T. an die Spitze gestellten Grundsatze, erlangt der schriftlich abzufassende Vertrag seine Gültigkeit erst durch die Unterschrift. Hierbei drängt sich sofort die äußerst wichtige Frage auf, was von einem solchen schriftlichen Vertrage zu halten sei, den nur der eine Theil durch seine Unterschrift vollzogen hat. Ob in solchem Falle auch dieser Theil den Mangel der schriftlichen Vollziehung, gleich dem andern, der nicht unterschrieben hat, vorschützen könne, wird von mehreren Behörden bezweifelt. Auch von den Commentatoren sind darüber verschiedene Ansichten aufgestellt worden. Siewert (Materialien Heft II. S. 125.) glaubt, daß derjenige, welcher seinerseits unterschrieben, zurücktreten könne, selbst wenn der andere Theil das von ihm unterschriebene Exemplar in Händen hätte, aber zu rechtlich und moralisch dächte, sich durch nachträgliche Beifügung seiner Unterschrift ein Recht zu verschaffen. Seine Ansicht ist vorzüglich

Schlitterschen Eheleuten einen außergerichtlichen Vertrag ab, wonach er den Letzteren ein, zu dem genannten Gute

auf den §. 120. d. T. gestützt, welcher ausdrücklich einer von beiden Theilen unterschriebenen Punctation gedenkt. Die entgegengesetzte Ansicht sucht Bielitz (Commentar zum A. L. R. Bd. I. S. 579.) zu vertheidigen*), und zwar aus dem Grunde, weil die Annahme des unterschriebenen Exemplars eine stillschweigende Einwilligung des andern voraussetze. Darin sind übrigens beide Schriftsteller einverstanden, daß in dem Falle ein schriftlicher Vertrag vorhanden sei, wenn jeder Contrahent ein, mit der Unterschrift des andern versehenes Exemplar bekommen habe.

Unsere Ansicht geht dahin, daß derjenige, welcher seinerseits unterschrieben, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht mehr vorschützen könne. Sichtlich unhaltbar ist zwar der von Bielitz angeführte Grund, indem eine stillschweigende Einwilligung weder in der Annahme des gegenseits unterschriebenen Exemplars liegt, noch auch bei zweiseitigen Verträgen für genügend angesehen werden kann; allein es ist ein durchgreifender Grundsatz, daß Niemand sich auf die, dem andern Theil zustehenden Einreden berufen kann; und so wenig, wie derjenige, der mit einem, sich durch Willenserklärungen zu verpflichten Unfähigen contrahirte, auf den gegenseitigen Mangel der Rechtsfähigkeit sich beziehen kann; ebensowenig darf demjenigen, der sich seinerseits durch die Unterschrift verpflichtet hat, gestattet werden, aus dem Mangel der Unterschrift von der andern Seite einen Einwand zu entnehmen. Aus eben dieser Ansicht ist der §. 185. des Textes hervorgegangen, dem der §. 135. des gedruckten Entwurfs d. T. zum Grunde liegt. Diese Bestimmung ist bei der Ausarbeitung des gedruckten Entwurfs entstanden; der Geheime Rath Heidenreich hatte nämlich monirt, daß ein schriftliches oder zum Protocoll gegebenes Anerkenntniß eines, vorher nur mündlich geschlossenen Vertrages defectum scripturae insofern beheben müsse, als aus dem Anerkenntniß der Inhalt des Vertrages zu entnehmen sei; Suarez bemerkte hierauf:

> Im Wesentlichen bin ich mit diesem Antrage einig, nur hebt ein solches Anerkenntniß nicht eigentlich defectum scripturae, sondern es obstirt nur dem Agnoscenten, wenn dieser sich auf solchen Einwand berufen wollte.

*) Dieselbe Ansicht ist in neuerer Zeit auch von Bornemann, Rechtsgeschäfte 2te Ausg. S. 257—265., und system. Darstellung Bd. II. S. 464. u. flgd. vertheidigt. D. H.

gehöriges Kathengrundstück gegen ein Erbstandsgeld von 150 Thlrn. und einen jährlichen Kanon von 16 Thlrn. in Erbpacht verlieh. Der Vertrag wurde Seitens des von Rahmel eigenhändig unterschrieben, von den Schlüterschen Eheleuten aber nur mit Kreuzen unterzeichnet, und diese von einem zugezogenen Zeugen attestirt. Nach erfolgter vollständiger Zahlung des Erbstandgeldes sollte der Vertrag, zufolge einer darin enthaltenen Bestimmung, gerichtlich errichtet werden.

Das Erbstandsgeld wurde hiernächst auch vollständig an den von Rahmel gezahlt, und von diesem den Schlüterschen Eheleuten das Grundstück übergeben; dagegen unterblieb die vorbehaltene gerichtliche Abschließung des Vertrages.

Im Jahre 1827 verkaufte der von Rahmel das Gut Groß-Massow; späterhin kam dasselbe zur nothwendigen Subhastation, und bei dieser erstand es im Jahre 1833 der Gutsbesitzer Hartmann. Nunmehr bekannte sich der von Rahmel noch nachträglich in einer notariellen Urkunde vom 28. Juni 1835 zu dem, unterm 19. März 1826 mit den Schlüterschen Eheleuten geschlossenen Erbpachtsvertrage. Der neue Besitzer Hartmann dagegen erachtete sich an diesen Vertrag nicht gebunden; verlangte vielmehr von dem Schlüter die Räumung des Erbpachtsgrundstücks. Hierdurch ward der Letztere veranlaßt, wider den Hartmann Klage zu erheben und darauf anzutragen:

Auf solche Weise ist der, im §. 185. des Textes wiedergegebene §. 135. des Entwurfs entstanden, und unseres Erachtens wird dadurch die aufgeworfene Frage ganz unzweifelhaft so entschieden, wie wir angenommen; denn man muß die einseitige schriftliche Vollziehung, insofern sie nicht ein bloßes Anerbieten unterstellt, jedesmal als ein schriftliches Anerkenntniß des mündlichen Vertrages ansehen."

D. H.

den Verklagten für schuldig zu erklären, den Vertrag vom 19. März 1826 als rechtsgültig anzuerkennen, und demnach nicht blos den Kläger in dem Besitz des Kathengrundstücks zu lassen, sondern auch seine Einwilligung zu ertheilen, daß die Kathe von dem Hauptgute im Hypothekenbuche abgeschrieben werde.

Der Verklagte wandte hauptsächlich ein, daß der mehr gedachte Erbpachtsvertrag aus dem Grunde ungültig sei, weil derselbe von den Schlüterschen Eheleuten nicht unterschrieben, sondern nur mit Kreuzen unterzeichnet worden, und ihm daher die gesetzlich vorgeschriebene Form ermangele, wonach Personen, die des Schreibens unkundig sind, Verträge, welche der schriftlichen Abfassung bedürfen, gerichtlich oder vor einem Justiz-Commissarius vollziehen müssen. Diesem Mangel habe durch die, Seitens des von Rahmel im Jahre 1835 einseitig abgegebene notarielle Erklärung nicht abgeholfen werden können, theils weil dieselbe dazu überhaupt nicht zureichend gewesen, theils weil dem von Rahmel damals keine Disposition über das Grundstück mehr zugestanden.

Der Verklagte verlangte hiernach die Abweisung des Klägers, und brachte zugleich eine Wiederklage auf Verurtheilung desselben zur Räumung des Grundstücks an.

Durch die gleichförmigen Urtheile beider Deputationen des Oberlandesgerichts zu Cöslin vom 7. März 1836 und 25. April 1837 wurde der Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen und für schuldig erachtet, die innehabende Kathenwohnung zu Marien 1837 zu räumen.

Diese Entscheidung wurde von dem Appellationsrichter durch folgende

Gründe

gerechtfertigt.

Der Erbpachtsvertrag vom 19. März 1826, dessen Gegenstand sich über 50 Thlr. belief, mußte schriftlich, und weil der Kläger nicht schreiben konnte, gerichtlich abgeschlossen werden. Bei der Verabsäumung dieser Form existirt nur ein mündlicher Vertrag, der nach den Bestimmungen des A. L. R. Th. I. Tit. 5. §§. 131. 172. 174. unverbindlich ist. Der Umstand, daß der von Rahmel seinerseits den Vertrag unterschrieben hat, ändert hierin nichts; denn das in Rede stehende Geschäft ist ein zweiseitiges, und hat nur durch eine rechtsgültige Erklärung beider Contrahenten perfect werden können. Nach dem §. 185. a. a. O. scheint es zwar, daß der von Rahmel und mithin jetzt der Verklagte den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorschützen könne. Allein diese Gesetzstelle findet keine Anwendung, indem sie einen, zwischen den Contrahenten früher schon mündlich abgeschlossenen Vertrag voraussetzt, hier aber der, von dem Kläger unterkreuzte und Seitens des von Rahmel unterschriebene Vertrag als die ursprüngliche Vereinbarung der Contrahenten anzusehen ist. Daß endlich der Erbverpächter unterm 28. Juni 1835 in einem besondern notariellen Instrumente den frühern Vertrag nochmals anerkannt hat, ist unerheblich, weil das Gut schon am 1. Juli 1833 dem Verklagten adjudicirt worden ist, und dem von Rahmel daher zu jener Zeit keine Disposition mehr darüber zugestanden hat.

Der Kläger wandte die Nichtigkeitsbeschwerde ein, und machte dem Appellationsrichter hauptsächlich den Vorwurf, daß er der Vorschrift des A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 185. eine Deutung gegeben habe, welche dem Sinne und Zwecke dieses Gesetzes zuwiderlaufe, und wodurch mithin ein Grundsatz des materiellen Rechts verletzt sei.

Das Geheime Ober-Tribunal erachtete die erho-

bene Nichtigkeitsbeschwerde auch für begründet, und erkannte unterm 29. Juni 1838,

daß das Urtheil der Appellations-Deputation des Oberlandesgerichts zu Cöslin vom 25. April 1837 zu vernichten, und in der Hauptsache das Urtheil erster Instanz der Civil-Deputation des gedachten Oberlandesgerichts dahin abzuändern: daß der, am 19. März 1826 zwischen dem Kläger und dem Vorbesitzer des Verklagten, von Rahmel, abgeschlossene Vertrag, seinem ganzen Inhalte nach, für rechtsgültig zu erklären, und hiernach in der Convention der Verklagte für schuldig zu erachten, diesen Vertrag auch für ihn als bindend anzuerkennen, dem Kläger den erbpachtlichen Besitz der Kathe zu belassen, und seine Einwilligung zu ertheilen, daß dieses Grundstück in dem Hypothekenbuche von dem Hauptgute abgeschrieben werde; in der Reconvention aber der Verklagte mit dem Antrage auf Exmission des Klägers aus dem, in Erbpacht verliehenen Grundstücke abzuweisen.

Gründe.

Allerdings erfordern Verträge, sobald der Gegenstand derselben sich über 50 Thlr. beläuft, oder Immobilien betrifft, zu ihrer rechtlichen Gültigkeit die schriftliche Abfassung, A. L. R. Th. I. Tit. 5. §§. 131. 135.; und aus einem mündlich abgeschlossenen Vertrage, welcher der schriftlichen Abfassung bedarf, findet so lange, als er noch von keinem Theile erfüllt worden, keine Klage statt; a. a. O. §. 155. Ferner müssen Personen, welche des Schreibens und Lesens unkundig sind, in Fällen, wo es eines schriftlichen Vertrages bedarf, solchen gerichtlich oder vor einem Justiz-Commissarius errichten. Hiernach würde der Kläger, welcher als Analphabet den Vertrag nur mit drei Kreuzen unter-

zeichnet hat, im Allgemeinen und abgesehen von den Wirkungen, welche die, von beiden Seiten längst erfolgte Erfüllung des Vertrages hervorgebracht hat, allerdings berechtigt sein, von dem Vertrage zurückzutreten. Er will aber seinerseits von dieser gesetzlichen Befugniß keinen Gebrauch machen, sondern verlangt, wie er in dem gegenwärtigen Proceß auf das Bestimmteste erklärt hat, die Aufrechthaltung des Vertrages. Der von Rahmel hingegen hat den Vertrag schriftlich vollzogen, und in Rücksicht seiner Person ist derselbe daher vollkommen rechtsverbindlich.

Ein mangelhafter Vertrag dieser Art (pactum claudicans) ist aber nicht unbedingt nichtig, sondern erlangt seine vollkommen rechtliche Gültigkeit, sobald derjenige Theil, welcher den Vertrag mangelhaft abgeschlossen hat, diesem Mangel von seiner Seite abhilft. Dies erhellt klar aus dem §. 185. a. a. O., welcher bestimmt:

daß derjenige, welcher sich schriftlich oder zum Protocoll zu einem mündlich geschlossenen Vertrage bekannt hat, soweit als die Verabredungen aus diesem Anerkenntniß erhellen, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorschützen könne.

Mit dieser Vorschrift wäre es nicht vereinbar, daß derjenige, welcher sich seinerseits rechtsgültig verpflichtet hat, wider den Willen des andern Contrahenten zurücktreten darf.

Könnte dies nach der eben erwähnten gesetzlichen Bestimmung noch irgend als zweifelhaft angesehen werden, so entfernen andere analoge Vorschriften hierüber jedes Bedenken. Es verordnet nämlich der §. 11. a. a. O.:

daß, wenn eine Person, welche durch Willenserklärungen nur Vortheile zu erwerben fähig ist, durch einen, von ihr abgeschlossenen Vertrag zugleich Lasten übernehmen soll,

die Gültigkeit des ganzen Vertrages von der vormundschaftlichen Genehmigung abhange;

und die §§. 12. und 13. fügen sodann ausdrücklich hinzu:

„So lange der Vormund sich noch nicht erklärt hat, kann der andere Theil von dem Vertrage nicht zurücktreten."

„Doch stehet demselben zu allen Zeiten frei, dem Vormunde eine Frist zu bestimmen, binnen welcher er sich über die Ertheilung oder Versagung seiner Genehmigung erklären müsse."

Das Recht des von Rahmel, jetzt des Verklagten, beschränkt sich mithin auch hier lediglich darauf, von dem Kläger zu verlangen, daß er dem Mangel des Erbpachtsvertrages binnen einer, ihm zu bestimmenden Frist abhelfe.

Hiernach ist durch die Entscheidung des Appellationsrichters das, dem §. 185. a. a. O. unzweifelhaft zum Grunde liegende Rechts-Princip verletzt und die, auf diese Verletzung gestützte Nichtigkeitsbeschwerde gegründet. Jenem Grundsatze entsprechend muß daher in der Hauptsache der Vertrag vom 19. März 1826 in seinem ganzen Umfange als rechtsgültig und bei dem, im jetzigen Processe abgegebenen Anerkenntnisse des Klägers, für beide Contrahenten verpflichtend angesehen werden [2]).

---

2) Auf die Vorschrift der A. G. O. Th. II. Tit. 1. §. 3. № 2. lit. b. hatte das Geheime Ober-Tribunal keine Veranlassung Rücksicht zu nehmen, weil die Nichtigkeitsbeschwerde nicht darauf gegründet war.

№ 24.

Execution. Activum. Assignation. Cession.

Der Gläubiger, welcher im Wege der Execution durch richterliche Verfügung ermächtigt worden, eine Forderung des Schuldners mit den Rechten eines Assignatars selbst einzuklagen, und bis zum Betrage seiner Forderung einzuziehen, ist berechtigt, die, aus der gerichtlichen Überweisungs-Verfügung erworbenen Rechte zu cediren.

Gesetz, betreffend den Verkauf ausstehender Forderungen und Cours habender Schuldpapiere im Wege der Execution; vom 4. Juli 1822. §§. 1—3., Gesetzsammlung S. 178.

Vgl. Verordnung über die Execution in Civil-Sachen vom 4. März 1834. §. 15., Gesetzsammlung S. 35.

A. L. R. Th. I. Tit. 16. §§. 251. 259.

Der Bürger Woyciechowski in Radziejewo hatte gegen die Erben der Lucas und Anna Smolinskischen Eheleute und gegen den zweiten Ehemann der Anna Smolinski, Carl Bankowski in Kruswice, die Summe von 400 Thlrn. nebst Zinsen und Kosten rechtskräftig erstritten. Zu seiner Befriedigung wurden ihm auf seinen Antrag zwei Kaufgelder-Forderungen, welche den Verklagten aus dem Verkauf dreier Grundstücke an den Bürgermeister Böttcher in Kruswice und beziehungsweise an den Casimir von Komorski zu Sierakowo im Betrage von

570

570 und 500 Thlrn. zustanden, im Wege der Execution durch die Verfügung des vormaligen Landgerichts zu Bromberg vom 6. August 1829, mit dem Vorzugsrechte vor dem Überrest, in Gemäßheit des Gesetzes vom 4. Juli 1822 angewiesen, und derselbe ermächtigt, die Kaufgelder einzuklagen, und bis zum Betrage seiner rechtskräftigen Forderung einzuziehen. Unterm 11. Juli 1832 cedirte Woyciechowski sowohl seinen judicatmäßigen Anspruch als die, aus der gedachten Überweisungs-Verfügung erworbenen Rechte dem Kaufmann Bohm zu Bromberg. Der Letztere nahm den Böttcher und den von Komorski auf Zahlung der, seinem Cedenten überwiesenen Summe in gerichtlichen Anspruch, und erwirkte zugleich die Adcitation der Exequenden, beziehungsweise deren Erben.

In diesem Processe, welcher durch die, von dem Verklagten Böttcher und von den, zu den Adcitaten gehörenden Erben des Assessors Carl Smolinski eingelegte Revision in die dritte Instanz gediehen ist, kam der, in der Überschrift enthaltene Rechtssatz bei Beurtheilung der activen Legitimation zur Sprache, und wurde dem, in Beziehung auf die Revision des Verklagten Böttcher das reformirende Appellations-Urtheil bestätigenden Revisions-Erkenntnisse des Geheimen Ober-Tribunals vom 18. März 1839 zum Grunde gelegt. In den

Gründen.

heißt es zur Rechtfertigung jenes Rechtssatzes:

Der Richter erster Instanz scheint zwar anzunehmen, daß der Woyciechowski gar nicht berechtigt gewesen, die aus der Überweisungs-Verfügung erworbenen Rechte zu cediren, weil ihm die Kaufgelder nicht eigenthümlich überwiesen worden seien, sondern er nur die Rechte eines Assignatars erhalten habe.

Das Letztere ist zwar richtig; der erste Richter übersieht aber, daß ein Assignatar durch die Anweisung das Recht überkommt, die angewiesene Summe für seine eigene Rechnung zu erheben;

§. 251. Tit. 16. Th. I. des A. L. R.,

und ihm der Assignat durch die Annahme der Anweisung nicht nur persönlich verhaftet wird,

§. 259. ebend.,

sondern der Assignatar durch das gerichtliche Anweisungs-Decret auch das Vorzugsrecht aus der Immission erhält, wie der §. 15. der Verordnung über die Execution in Civilsachen vom 4. März 1834 auch ausdrücklich bestätigt hat.

Alles dies sind unbedenklich Rechte, die dem Woyciechowski eigenthümlich zustanden, und die er daher nach §. 376. u. flgd. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. zu cediren befugt war, so wie auch dieselben auf den Inhaber der, zur Execution stehenden Hauptforderung als ein Annexum derselben übergehen konnten.

№ 25.

Vormaliges Königreich Westphalen. Apotheker-Privilegium. Real-Gewerbeberechtigung. Erbzins.

In denjenigen Landestheilen, welche zu dem vormaligen Königreiche Westphalen eine Zeit lang gehört haben, ist die Vererblichkeit der Apotheker-Privilegien auch da, wo sie früher bestand, so wie die Pflicht zur Entrichtung von Abgaben für die Ausübung solcher

Privilegien aufgehoben, selbst wenn diese Abgaben als Erbzins für die Verleihung des Privilegiums vorbedungen waren [1]).

---

1) Vgl. I. die Rescripte des Königl. Ministeriums der geistlichen Unterrichts- und Medicinal-Angelegenheiten vom 27. December 1823 (von Kamptz, Annalen Bd. VII. S. 992.) und vom 27. März 1824 (ebend. Bd. VIII. S. 612.), so wie des Königl. Justiz-Ministeriums vom 27. Juli 1821 (Mannkopff, A. L. R. Bd. IV. S. 164.) und der Königl. Ministerien der geistlichen &c. Angelegenheiten, des Innern und der Justiz vom 2. Januar 1837, betreffend die Aufhebung der Real-Privilegien der Apotheker in den vormals Westphälischen Landestheilen (ebend. S. 165.). In diesem letzteren, sonst nirgends abgedruckten Rescripte heißt es:

„Nach Eingang des Berichtes der Königl. Regierung vom 10. October 1835, betreffend die, von derselben in Frage gestellte Aufhebung der Real-Gewerbeberechtigungen und anderen gewerblichen Privilegien, insbesondere derjenigen der Apotheken, in den ehemals Westphälischen Landestheilen haben die unterzeichneten Ministerien diesen Gegenstand einer nochmaligen genauen Prüfung unterworfen, der mitunterzeichnete Justiz-Minister auch das abschriftlich beiliegende Gutachten des Geheimen Ober-Tribunals eingefordert. So wie sich hierbei dasjenige, was die Königl. Regierung in Ihrem bereits früheren Berichte von einer Fortführung des Privilegien-Vermerkes bei den Apotheken zu Halle und Halberstadt in den Hypothekenbüchern erwähnte, durch die, jetzt von Ihr vorgelegten Auskunfts-Mittheilungen der betreffenden Gerichtsbehörden als irrig erwiesen hat, ebenso können die Ministerien auch den sonstigen Zweifels-Äußerungen der Königl. Regierung gegen die Aufhebung jener älteren Berechtigungen durch die Gesetze des vormaligen Königreichs Westphalen nicht beistimmen. Daß sich in denselben keine Disposition solches unmittelbaren Wortinhaltes findet, hat seinen Grund in der umfassenderen Stellung der betreffenden Verordnungen, welche nicht jene Real- und Privilegien-Gerechtsame allein zum Gegenstande hatten, sondern eine überhaupt gänzlich neue Verfassung des, bis dahin nach Grundsätzen der Zunft und Monopol-Einrichtungen bestandenen Handels- und Gewerbewesens, in hiernach entsprechend allgemein gefaßten Dispositionen einführten. Indem aber die Gesetze vom 5. August 1808 und 12. Februar 1810

A. L. R. Th. II. Tit. 8. §§. 456. 463. 466.
Revidirte Ordnung, nach welcher die Apothe-

die Lösung eines Patentes, als allgemein künftig erforderlichen Titel, zum Betriebe jeder Art bürgerlichen Gewerbes verordneten, hiervon auch die Inhaber bisheriger Privilegien und Real-Berechtigungen weder ausnahmen, noch ihnen die, in den Verordnungen für die älteren Provinzen vorbehaltenen Entschädigungs-Ansprüche einräumten, vielmehr nur den Erlaß der, bisher vom Handel und Gewerbe entrichteten Abgaben aller Art verordneten, und dagegen die Besitzer vormaliger Gewerbeberechtigungen, sofern sie ihr Gewerbe auf den bisherigen Titel und ohne ein erworbenes Patent hätten fortsetzen wollen, unter eine gleiche Bestrafung wie jeden anderen unbefugten Gewerbtreibenden stellten: so wurden dadurch mit allen übrigen, auch die hier in Frage stehenden Berechtigungen älterer Verfassung allerdings ihrem ganzen Wesen nach aufgehoben, und können zu keinem besonderen Vorzuge bei der Zulassung zum Gewerbe mehr geltend gemacht werden. In dieser Art ist auch namentlich Hinsichts der Apotheken-Berechtigungen bei einer, früher bereits von den Apothekern in Magdeburg versuchten Reclamation die Allerhöchste Entscheidung ergangen, und hat demnach die Königl. Regierung an dem diesfälligen Grundsatze dergestalt festzuhalten, daß, namentlich bei vorkommendem Verkaufe der Apotheken, in jenen Landestheilen die Gewerbe-Concession ein für sich gestellter, zur alleinigen Disposition der Regierung gehörender, und keinem Mitverhandeln zwischen den Kaufbetheiligten selbst unterliegender Gegenstand bleibt. Soweit übrigens die sonstigen Umstände mit Grund der Billigkeit dafür sprechen, hat es kein Bedenken, demjenigen persönlich qualificirten Bewerber, mit welchem der Eigenthümer einer concessionirten Apotheke bei beabsichtigter Geschäftsaufgebung sich wegen Überlassung der Etablissements-Einrichtungen geeinigt hat, eine vorzugsweise Berücksichtigung bei Verleihung der erledigten Concession zu Theil werden zu lassen, und stehen die Ministerien im Begriffe, eine überhaupt nähere Bestimmung der diesfälligen Grundsätze durch eine, voraussichtlich bald zur Publication gelangende Allerhöchste Verordnung in Antrag zu bringen." (General-Acten des Königl. Justiz-Ministeriums, Gen. A. № 31. Bd. II. Bl. 153.)

II. (Duden), Einige Worte über den Rechtszustand in den

ker in den Königl. Preußischen Landen ihr Kunstgewerbe betreiben sollen, vom 11. October 1801 §§. 2—4.; N. C. C. Th. XI. S. 555. № 56—1801 [2]).

Vgl. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 763., Hypotheken-Ordnung Tit. I. §§. 14. 15.

Gesetz über die, den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse und über die Realberechtigungen in den Landestheilen, welche vormals eine Zeit lang zum Königreich Westphalen gehört haben, vom 21. April 1825 §. 58.; Gesetzsammlung S. 83.

Der Magistrat zu Osterwiek im Fürstenthum Halberstadt hatte in früheren Zeiten eine Apothekergerechtigkeit in der genannten Stadt besessen und dieselbe, in Verbindung mit einem Hause und einem Garten, Anfangs in Zeitpacht, späterhin in Erbpacht, und endlich, nachdem das Haus dem Magistrate gegen Erstattung des Erbstandgeldes zurückgegeben war, im Jahre 1756 mit dem Garten allein in Erbzins ausgethan. Im Jahre 1804 gelangte die Gerechtigkeit durch Erbgang an den Apotheker Mertens. In dem neuen Erbzinsbriefe, welchen der Magistrat dem Mertens am 8. August 1804 ertheilte, wurde ihm für sich und seine Nachkommen die Apothekergerechtigkeit mit dem Garten von neuem in Erbzins verliehen, mit der Be-

Preußischen Rheinprovinzen und sein Verhältniß zu den Privilegien der Apotheken. Bonn 1835. S. 12—18. D. H.

2) Auch abgedruckt bei Rabe, Sammlung Bd. VI. S. 610. D. H.

fugniß, dieselbe in ein anderes, ihm gehöriges Haus zu verlegen. Dagegen machte Mertens sich verbindlich, für diese Concession, Übertragung und Verleihung an den Magistrat jährlich

1. einen Canon von 60 Thlrn.,

2. eine bestimmte Quantität Papier, an deren Stelle späterhin eine Abgabe von 25 Thlrn. trat, und außerdem

3. für den Garten einen Erbzins von 1 Thlr. zu erlegen. Mertens starb im Jahre 1816, und die Apothekergerechtigkeit mit dem Wohnhause und dem Garten gelangte an seine Ehefrau, welche demnächst den Apotheker Bergmann heirathete. Nachdem auch der Letztere mit Tode abgegangen war, verkaufte die Wittwe Bergmann durch Vertrag vom 12. März 1833 das Haus, worin sich die Apotheke befindet, mit den, zu der letzteren gehörigen Geräthschaften und Medicinalwaaren an ihren Schwiegersohn, den Apotheker Barth, für 18000 Thlr., und entsagte zu dessen Gunsten der Fortsetzung des Apothekergewerbes. Die Königliche Regierung zu Magdeburg genehmigte diesen Verkauf, und ertheilte dem Barth eine neue Concession zum ferneren Betriebe des Apothekergewerbes in der erwähnten Apotheke.

Bis zum Jahre 1832 hatte die Wittwe Bergmann die, in dem Vertrage vom 8. August 1804 vorbedungenen Abgaben an den Magistrat zu Osterwiek vollständig entrichtet. Nach dem angegebenen Zeitpunkt hielt aber weder sie noch der Apotheker Barth sich zur fernern Zahlung des jährlichen Canons von 60 und beziehungsweise 25 Thlrn. schuldig, wogegen der Grundzins von 1 Thlr. für den Garten nach wie vor berichtigt ward.

Der Magistrat zu Osterwiek fand sich hierdurch veranlaßt, auf fernere Zahlung des Canons von 60 und

25 Thlrn. seit Michaelis 1832 wider die Wittwe Bergmann Klage zu erheben, weil sie die, zur Veräußerung des, ihrem ersten Ehemanne verliehenen Erbzinsrechtes an der Apothekergerechtigkeit nach §. 698. Tit. 18. Th. I. des A. L. R. erforderliche Genehmigung des Magistrats als Erbzinsherrn nicht nachgesucht, noch ihrem Besitznachfolger die Entrichtung des Canons zur Pflicht gemacht habe, und der Magistrat daher nach der Bestimmung des §. 703. a. a. O. befugt sei, sich wegen der ihm gebührenden Abgabe nach wie vor an die Person und das übrige Vermögen der Verklagten zu halten.

Die Verklagte verlangte die Abweisung des Klägers. Sie berief sich darauf, daß sie selbst zur Zeit weder Apotheke noch Apothekergerechtigkeit mehr besitze; von ihr nur das Haus, worin sich die Apotheke befinde, mit den, in der letzteren vorhandenen Utensilien und Medicinalwaaren an den Barth veräußert sei, und diese Gegenstände sämmtlich nicht von dem klagenden Magistrat herrührten, sondern ihr freies Eigenthum gewesen seien. Ein, von dem Magistrat verliehenes Apotheker-Privilegium dagegen habe sie an den Barth nicht verkauft, auch nicht verkaufen können, weil dasselbe durch die, unter der Fremdherrschaft ergangenen Gesetze aufgehoben und diese Aufhebung durch die neueren Preußischen Gesetze ausdrücklich bestätigt worden sei.

Diesen Einwand bestritt der klagende Magistrat, und behauptete seinerseits, daß das Privilegium durch die, während der Fremdherrschaft erlassenen und die sonstigen neuern Gesetze eine wesentliche Änderung nicht erlitten habe, vielmehr noch in voller Kraft bestehe, und durch Erbgang auf die Verklagte gediehen sei, welche sich in ungestörter Ausübung der Gerechtigkeit bis zu der Veräußerung an Barth befunden, und bei Gelegenheit der Regulirung des

Hypothekenbuches ihre Verbindlichkeit zur Entrichtung des Canons anerkannt habe.

Das Land- und Stadtgericht zu Osterwiek wies unterm 28. September 1835 den klagenden Magistrat ab, indem es seine Entscheidung im Wesentlichen auf die, von der Verklagten vorgebrachten und für richtig erachteten Gründe stützte.

Der Magistrat appellirte, und der zweite Senat des Oberlandesgerichts zu Halberstadt erkannte unterm 20. Juli 1836, das erste Urtheil abändernd, dahin:

daß die Verklagte schuldig, den Canon für das Jahr von Michaelis 1832 bis dahin 1833 mit überhaupt 85 Thlrn. an den Magistrat zu zahlen, auch fernerhin und bis zu der etwa mit Consens des Klägers erfolgenden Veräußerung der verliehenen Apothekergerechtigkeit eine gleiche Summe alljährlich zu entrichten.

Gründe.

Weder durch die fremde, noch durch die Preußische Gesetzgebung sind alle Privilegien zum ausschließlichen Betriebe einer Gerechtigkeit oder eines Gewerbes in einem bestimmten Orte oder Bezirke aufgehoben; namentlich nicht die Apothekergerechtigkeiten. Eine solche Aufhebung ist insbesondere nicht durch die Westphälischen Gesetze vom 5. August 1808, die Einführung einer Patent-Steuer betreffend [3], und vom 12. Februar 1810, welches die Erhebung der Patent-Steuer festsetzt [4], erfolgt. Das letztgedachte Gesetz hat zwar im Allgemeinen die Gewerbefreiheit eingeführt, und den Betrieb eines Gewerbes von der Zahlung einer Patent-

3) Gesetz-Bülletin des Königreichs Westphalen, Jahrgang 1808. Th. II. S. 274. u. flgd. Stück 50. № 106. D. H.

4) A. a. O., Jahrgang 1810. Th. I. S. 122. u. flgd. Stück 8. № 22. D. H.

Steuer abhängig gemacht. Es ist aber weder unter der Fremdherrschaft, noch in neuerer Zeit die allgemeine Gewerbefreiheit auch auf die Apotheken ausgedehnt. Vielmehr ist es stets nöthig befunden, deren Anlegung von besondern Concessionen abhängig zu machen, und nach dem Bedürfnisse einzuschränken. Niemals ist ein Gesetz erlassen, welches, ohne Rücksicht auf bestehende Berechtigungen, die Bewilligung oder Versagung der Erlaubniß zum Betriebe dieses Gewerbes blos von dem Ermessen der Behörden abhängig gemacht hat. Die alten Privilegien sind vielmehr bei den Apotheken fortwährend die Rechtstitel, auf deren Grund die Concessionen und die Patente gefordert werden können, welche in Ansehung anderer Gewerbe schon auf den Grund der allgemeinen Gewerbefreiheit in Anspruch genommen werden dürfen. Hiernach ist der Erblasser der Verklagten und die Letztere selbst fortwährend in der ungestörten Ausübung des, von dem Magistrat verliehenen Privilegiums verblieben. Sie hat keinen andern Nachtheil erlitten, als daß seit dem Jahr 1810 für die Ausübung des Gewerbes von ihr eine Abgabe entrichtet werden mußte, welche früher nicht bestand. Allein auch dieser Nachtheil ist von der Verklagten dadurch abgewendet worden, daß in Folge eines, zwischen dem Vorstande der Stadt Osterwiek und dem Erblasser der Verklagten im Jahre 1810 getroffenen Abkommens, jene Abgabe der Verklagten aus der Kämmerei vergütet worden. Ebenso wenig ist eine Aufhebung der ältern Apotheker-Privilegien durch die Preußischen Gesetze erfolgt. Es besteht daher das Apotheker-Privilegium der Verklagten noch wirklich als ein zu Erbzins verliehenes dingliches Recht, und die Verklagte, welche dieses Recht durch Erbgang erworben hat, muß den, für die Verleihung desselben vorbedungenen Canon in Gemäß-

heit des A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 749. nach wie vor unweigerlich abführen. Ohne Genehmigung des Magistrats durfte nun die Verklagte die Apothekergerechtigkeit nach der Vorschrift des §. 698. a. a. O. nicht veräußern, und nach §. 808. ebend. ohne diese Genehmigung dem Rechte nicht einmal entsagen. Hiernach tritt die Bestimmung des §. 703. a. a. O. ein: daß, so lange die Veräußerung des Erbzinsrechts von dem Erbzinsherrn nicht genehmigt ist, diesem die Befugniß bleibt, wegen der, aus dem Gute oder der Gerechtigkeit ihm gebührenden Abgaben und Leistungen auch an die Person und das übrige Vermögen des, ohne seinen Consens abgegangenen Erbzinsmanns sich zu halten.

Gegen diese Entscheidung wandte Verklagte die Revision ein, worauf das Geheime Ober-Tribunal unterm 22. März 1839 auf Wiederherstellung des Urtels erster Instanz erkannte.

Gründe.

In den Preußischen Staaten war es schon vor der Einführung des A. L. R. hergebrachte und durch das letztere Th. II. Tit. 8. §§. 456. 463. 466., so wie die Apotheker-Ordnung vom 11. October 1801 §§. 2—4., ausdrücklich bestätigte Verfassung,

daß die Apotheker-Privilegien, welche einmal an einem Orte fundirt sind, sowohl erblich als veräußerlich sein sollen, es wäre denn, daß sie nur dem Besitzer für seine Person verliehen worden; daß ferner, wenn eine Apotheke durch Erbgangsrecht oder durch andere, zum Erwerb eines Eigenthums geschickte Titel einem nicht gelernten Apotheker zufällt, ihm nur die Pflicht obliegt, solche binnen einer bestimmten Frist auf einen qualificirten Besitzer zu bringen und bis dahin durch einen geeigneten Provisor verwalten zu lassen, und daß namentlich die Wittwe eines

Apothekers für die ganze Dauer ihres Wittwenstandes hierzu berechtigt ist.

Diese Verfassung ward bei den, in dem vormaligen Königreich Westphalen erlassenen Gesetzen vom 5. August 1808 über die Einführung einer Patent-Steuer und vom 12. Februar 1810 über die Erhebung derselben nicht berücksichtigt.

Insbesondere verordnete das letztere Gesetz:

Art. 2. „Vom 1. Januar 1810 an gerechnet sollen diejenigen, welche innerhalb Unsers Königreichs Handel, Industrie, Gewerbe oder ein Handwerk treiben, welche in dem, dem gegenwärtigen Gesetz angehängten Tarif aufgeführt sind, oder demselben in der Folge noch hinzugefügt werden sollten, gehalten sein, sich mit einem Patent zu versehen und (die) für die Klasse des Tarifs, zu welcher sie gehören werden, festgesetzten Abgaben nach dem Verhältnisse der Bevölkerung ihrer Gemeinde, oder auch, wenn sie solche Arten von Handel, Industrie, Handwerken oder Professionen treiben, welche im Tarif in keine Klasse gesetzt sind, ohne Rücksicht auf die Bevölkerung zu bezahlen."

Art. 20. „Die Patente sind personell, und können nur für diejenigen gelten, auf deren Namen sie ausgestellt sind; folglich muß jeder Handelsgesellschafter — — sein eigenes Patent haben. Doch erstreckt sich diese Verpflichtung nicht auf die Commanditen-Genossen, noch auf die Commis, denen statt des Gehalts ein Theil des Gewinnstes ausgesetzt ist, noch auf Eheleute, welche gemeinschaftlich denselben Handel treiben und in Gütergemeinschaft leben, endlich auch nicht auf die Spediteurs. — —

In gleicher Art sollen auf den Fall, daß ein Patent-Steuerpflichtiger im Laufe des Jahres verstirbt, seine

Söhne und Töchter, oder auch seine Geschwister, im Fall diese seine Erben sein sollten, sein Gewerbe auf sein Patent fortsetzen können, ohne für das laufende Jahr zur Lösung eines neuen verpflichtet zu sein."

Art. 21. „Ein jeder Einländer, der mit einem Patente versehen ist, kann seinen Handel, seine Profession oder Industrie im ganzen Umfange des Königreichs treiben, ohne in Betreff desselben weder auf eine bestimmte Zeit, noch auf einen bestimmten Canton oder Bezirk beschränkt zu sein."

Am Schlusse des Artikels folgen einige specielle Ausnahmen in Ansehung gewisser Gewerbe, bei denen außer dem Patent noch eine besondere Erlaubniß des Ministers des Innern oder der Ortsbehörde nachgesucht werden soll.

In dem ersten Theile des Tarifs, welcher die nicht nach Klassen besteuerten Gewerbe enthält, kommen nun namentlich unter № 38. auch die Apotheker vor, und es ist daher außer Zweifel, daß das Gesetz auch auf diese volle Anwendung findet.

Allerdings ist in dem Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung enthalten,

daß die dingliche Qualität der bisherigen Realprivilegien im Allgemeinen und der Apotheker-Privilegien insbesondere aufgehoben werde, oder fortan wegfalle.

Sobald man indeß, in Übereinstimmung mit Art. 10. 12. u. 16. der Westphälischen Constitution vom 7. December 1807, annimmt, daß das Gesetz die bisher bestandenen ältern Privilegien überhaupt als nicht weiter existirend betrachtet habe, und die neuen Einrichtungen, als in deren Stelle tretend, angesehen wissen wolle: so fällt mit dem aufgehobenen Privilegium selbst auch die bisherige Realqualität desselben hinweg, da sich nicht das erstere als solches

aufgehoben, die Realqualität dagegen als fortdauernd ansehen läßt.

Daß es aber wirklich die Absicht gewesen ist, durch die neuen Anordnungen die ältern Gewerbeberechtigungen gänzlich zu beseitigen, kann nicht bezweifelt werden.

Denn der Besitz eines Privilegiums setzt, der Natur der Sache nach, Vorrechte vor Anderen voraus; wo also das neue Gesetz Bestimmungen enthält, aus denen ersichtlich wird, daß dergleichen Vorrechte nicht ferner beachtet werden sollen, da ist durch diese Bestimmungen das ältere Privilegium selbstredend als aufgehoben zu betrachten.

Dergleichen Bestimmungen, mit denen die Fortdauer der alten Gewerbe-Privilegien überhaupt und der Apotheker-Privilegien insbesondere unvereinbar ist, sind nun in den, bereits oben angeführten Art. 2. 20. u. 21. des Gesetzes vom 12. Februar 1810 enthalten, indem Art. 2. die Ausübung der Gewerbe überhaupt und des Apotheker-Gewerbes insbesondere, ohne irgend einen Vorbehalt bisheriger Rechte, einzig und allein von der Lösung eines Patents abhängig macht; Art. 21. Jeden, der sich in dem Besitz eines solchen Patents befindet, lediglich in Folge desselben zur Ausübung des Gewerbes im ganzen Königreiche für berechtigt erklärt, und Art. 20. festsetzt, daß die Patente durchaus persönlich sind, und, mit Ausnahme der im Gesetz namentlich bezeichneten Fälle, nur für diejenigen gelten, auf deren Namen sie ausgestellt sind.

Da das Gesetz hier von der, durch den Tod des Concessionirten eintretenden Erlöschung der Gewerbeberechtigung die einzige Ausnahme macht:

daß die Blutsverwandten desselben das Gewerbe noch bis zum Ablauf des Jahres auf das, von dem Concessionirten gelösete Patent fortsetzen können,

so ist damit namentlich die Fortdauer der bisherigen Realberechtigung nicht zu vereinigen.

Der Appellationsrichter selbst hat auch im Allgemeinen die, durch die Gewerbefreiheit erfolgte Aufhebung der frühern Realberechtigungen nicht bezweifelt. Nur bei den Apotheker-Privilegien soll nach seiner Meinung eine Ausnahme eintreten, weil bei den Apothekern auch unter der Fremdherrschaft keine allgemeine Gewerbefreiheit eingeführt gewesen sei, sondern bei ihnen, außer dem Gewerbepatent, noch eine besondere Concession von Seiten der Staatsbehörde habe hinzutreten müssen.

Diese Schlußfolge ist jedoch unrichtig. Allerdings war durch eine Westphälische Ministerial-Verordnung vom 12. Mai 1809 die Zulassung neuer Apothekenanlagen nur in Fällen einer, von dem Medicinal-Collegium befundenen Nützlichkeit gestattet worden. Diese Verordnung hatte indeß blos den Zweck, im allgemeinen Interesse des Publicums die Zahl der Apotheken auf das pharmaceutische Bedürfniß zu beschränken, nicht aber die alten Realprivilegien fortdauern zu lassen.

Auf gleiche Weise ist auch durch das Westphälische Decret vom 4. December 1812, in Betreff der Mittel zur Beschränkung der Zahl der Krugwirthschaften in allen Communen des Königreichs [5]), bestimmt worden, daß die Krugwirthschaften auf eine bestimmte Anzahl in jeder Gemeinde nach Maaßgabe der Bevölkerung und des Verkehrs zu beschränken seien, und dennoch ist bei diesen die Aufhebung der alten Real-Privilegien außer Zweifel.

---

5) Décret du 4. Décembre 1812, portant des conditions pour l'établissement des cabarets; Gesetz-Bülletin des Königreichs Westphalen, Jahrg. 1812. Th. II. S. 496. u. flgd. Stück 42. № 187.
D. H.

Überhaupt ist in Erwägung zu ziehen, daß die, in dem vormaligen Königreich Westphalen ergangenen Gesetze im Allgemeinen den Zweck hatten, die Rechtsverhältnisse dort mit den, in Frankreich bestehenden möglichst in Übereinstimmung zu bringen. In Frankreich besteht aber notorisch gar keine Realqualität bei den Gewerbeberechtigungen überhaupt und dem Apothekergewerbe insbesondere, vielmehr ist nach dem Gesetze vom 19. Ventôse des Jahres XI. (10. März 1803)[6] über die Ausübung der Medicin und vom 21. Germinal XI. (11. April 1803)[7], die Apotheker betreffend, das Recht zur Ausübung des Apothekergewerbes, außer der Patentlösung, nur von der wissenschaftlichen Qualification abhängig.

Muß nach diesem allen angenommen werden, daß die

---

6) Loi relative à l'exercice de la médicine; Paris, le 19. ventôse an XI.; Französisches Gesetz-Büllетin, Serie III. Bülletin 256. № 2436. (Desenne, Code général, Tom. VIII. pag. 566.)
D. H.

7) Loi contenant l'organisation des écoles de pharmacie; Paris le 21. germinal an XI; Französisches Gesetz-Bülletin, Serie III. Bülletin 270. № 2676. (Desenne, l. c. pag. 570.) Die Art. 23—25. lauten:

Art. 23. „Les pharmaciens reçus dans une des six écoles de pharmacie, pourront s'établir et exercer leur profession dans toutes les parties du territoire de la république."

Art. 24. „Les pharmaciens reçus par les jurys ne pourront s'établir que dans l'étendue du département où ils auront été reçus."

Art. 25. „Nul ne pourra obtenir de patente pour exercer la profession de pharmacien, ouvrir une officine de pharmacie, préparer, vendre ou débiter aucun médicament, s'il n'a été reçu suivant les formes voulues jusqu'à ce jour, ou s'il ne l'est dans l'une des écoles de pharmacie, ou par l'un des jurys, suivant celles qui sont établies par la présente loi, et après avoir rempli toutes les formalités qui y sont prescrites." D. H.

älteren Realprivilegien der Apotheker durch die, unter der Fremdherrschaft ergangenen Gesetze aufgehoben sind: so bedurfte es zu deren Herstellung nach der Wiedervereinigung der betreffenden Provinzen mit dem Preußischen Staate eines ausdrücklichen Gesetzes. Ein solches ist indeß nicht ergangen; es sind vielmehr die Apotheker zu Magdeburg auf ein Gesuch um Wiederherstellung der frühern Real-Apotheker-Privilegien durch eine Allerhöchste Cabinetsorder vom 9. December 1827 abschläglich beschieden worden.

Wenn hiernach das, dem Vorbesitzer der Verklagten von dem Magistrate zu Erbzins verliehene Real-Apotheker-Privilegium durch die, unter der Fremdherrschaft ergangenen Gesetze erloschen ist, so hat auch das Recht des klagenden Magistrats aufgehört, ferner den Canon zu fordern, welcher lediglich für die Verleihung jenes Privilegiums vorbedungen ist.

Denn das A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 763. bestimmt:

„Durch den unverschuldeten gänzlichen Verlust des verliehenen Grundstücks wird der Erbzinsmann seiner Verbindlichkeit zur fernern Entrichtung der Abgabe, soweit dieselbe zur Zeit des entstandenen Unfalls noch nicht verfessen oder fällig war, entledigt;"

es muß daher auch hier, wo das Apotheker-Privilegium durch die Westphälischen Gesetze dergestalt aufgehoben ist, daß dasselbe weiter nicht in Betracht kommen kann, der dafür ausbedungene Erbzins wegfallen.

Überdies setzt noch das oben angeführte Westphälische Decret vom 12. Februar 1810 Art. 1. ausdrücklich fest:

„Die Abgaben, welche bisher von dem Handel, den Gewerben und von den Handwerkern erhoben worden sind, sollen, unter welcher Benennung die Erhebung auch statt ge-

gefunden haben mag, aufgehoben und abgeschafft sein und bleiben;"

und auf gleiche Weise verordnet das Preußische Gesetz über die, den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse und über die Realberechtigungen in den Landestheilen, welche vormals eine Zeit lang zum Königreich Westphalen gehört haben, vom 21. April 1825 (Gesetz-Sammlung S. 74.) §. 58.:

„Außer den, nach §. 4. u. flgd. des gegenwärtigen Gesetzes abgeschafften Leistungen bleiben ohne Entschädigung aufgehoben auch

1. diejenigen, aus ehemaligen oberherrlichen, schutzherrlichen und gutsherrlichen Rechten abgeleiteten und hergebrachten Abgaben und Leistungen, welche, ohne zum öffentlichen Steuereinkommen zu gehören, die Natur der Steuern haben.

Insbesondere sind dahin zu rechnen:

a) Nahrungs- und Gewerbs-Abgaben, sei es, daß sie ausdrücklich für die Erlaubniß zum Betriebe eines Gewerbes, oder auch ohne diese Bestimmung von den Gewerbetreibenden gewisser Klassen oder von Innungen erhoben werden."

Zu mehrerer Begründung des geltend gemachten Anspruchs ist zwar Seitens des klagenden Magistrats noch angeführt worden:

1. daß im Jahre 1810 der Erblasser der Verklagten, Apotheker **Mertens**, mit dem Magistrat ein Abkommen getroffen habe, worin er sich zur fernern Zahlung der frühern Abgaben gegen die, von dem Magistrat übernommene Vergütigung der Gewerbesteuer verbindlich gemacht habe.

Allein der in Bezug genommene Vertrag setzt, abgesehen von den, gegen die Rechtsbeständigkeit desselben erho-

benen Bedenken, jedenfalls als nothwendig voraus, daß der dabei als Contrahent betheiligte Apotheker sein Gewerbe noch betreibe, und der Magistrat sich daher in dem Fall befinde, für denselben die Gewerbesteuer zu berichtigen. Die Verklagte hat aber seit der, im Jahre 1833 erfolgten Aufgabe des Apothekergewerbes und der Veräußerung der Apotheke keine Gewerbesteuer mehr zu bezahlen, welche der Magistrat übernehmen könnte; es waltet daher auch keine längere Verbindlichkeit für sie ob, die frühern Abgaben ferner zu entrichten.

2. Behauptet der klagende Magistrat, daß das, von der Verklagten an ihren Schwiegersohn im Jahre 1833 für 18,000 Thlr. verkaufte Grundstück mit den darin vorhandenen Apothekergeräthschaften und Medicinalwaaren höchstens einen Werth von 8000 Thlrn. habe, und sich hieraus ergebe, daß der Verklagten für die Apothekergerechtigkeit die Summe von 10,000 Thlrn. gezahlt sei.

Diese letztere Behauptung steht indeß völlig unerwiesen da, und widerspricht dem Inhalt des betreffenden Vertrages, indem nach diesem das Apotheker-Privilegium keinesweges Gegenstand der Veräußerung gewesen, vielmehr das Kaufgeld blos für das Grundstück und die Apotheker-geräthschaften und Waaren gezahlt ist. Übrigens kann auch Kläger aus dem Vertrage, an welchem er nicht Theil genommen hat, kein Argument für sich entnehmen.

3. Endlich führt der Magistrat noch an, daß Verklagte die Verbindlichkeit zur Entrichtung des Canons im Jahre 1819 bei Gelegenheit der Regulirung des Hypothekenbuchs anerkannt habe.

Allein die, von der Verklagten in der Verhandlung vom 7. October 1819 abgegebene Erklärung:

daß der fragliche Canon von 85 Thlrn. an den Magi-

strat zu zahlen sei, und in das Hypothekenbuch eingetragen werden könne,

gründet sich nach dem Inhalte der gedachten Verhandlung auf der Voraussetzung, daß die Apothekergerechtigkeit, als eine noch fortbestehende Realberechtigung, in das Hypothekenbuch eingetragen werden dürfe, und aus dieser Gerechtigkeit die, von dem Magistrate nachgesuchte Eintragung des Canons möglich sei. Nachdem aber die Hypothekenbuch führende Behörde die frühere Ansicht von der Zuläßigkeit der Eintragung des Apotheker-Privilegiums, als einer noch fortbestehenden Realgerechtigkeit, später aufgegeben hatte, wurde auch von der Verklagten erklärt:

daß, da die Apothekergerechtigkeit als eine Realberechtigung nicht mehr bestehe, und als solche nicht in das Hypothekenbuch eingetragen werden könne, die Eintragung der fraglichen Abgabe ebenfalls wegfallen müsse.

Dies ist ganz richtig, und, da das Gericht die Eintragung der Apothekergerechtigkeit und des Canons bisher blos beabsichtigt, aber nicht zur Ausführung gebracht hat, vielmehr späterhin hiervon wieder abgegangen ist, so kann auch aus jener früheren Erklärung der Verklagten zu deren Nachtheil nichts gefolgert werden.

№ 26.

Münster. Ehemaliges Großherzogthum Berg. Colonat. Mahljähriger Wirth.

Das Eigenthum eines, in dem zum ehemaligen Großherzogthum Berg gehörigen Theile des Fürsten-

thums Münster belegenen, sonst eigenbehörigen, zur Zeit der Verkündigung des Decrets vom 12. December 1808 von einem Mahlzähler besessenen Colonats ist schon mit Eintritt der Gesetzeskraft dieser Verordnung, nicht erst mit dem Ablauf der später beendigten Mahljahre des Mahlzählers, den Erben des früheren Colonen anheimgefallen [1]).

Eigenthums-Ordnung für das Fürstenthum und Hochstift Münster vom 10. Mai 1770, Th. II. Tit. 9. §. 1. 2. 4. 11—14., Th. III. Tit. 7. §. 1. [2]).

---

1) Vgl. Welter, das gutsherrlich-bäuerliche Rechtsverhältniß in besonderer Beziehung auf die vormaligen Eigenbehörigen ꝛc. im früheren Hochstifte Münster S. 187., woselbst es heißt:

„Nur die, zur Zeit der Verkündigung der fremden Gesetze mit einem wirklichen vererblichen Besitzrechte versehenen bäuerlichen Besitzer haben das Eigenthum erworben; daraus folgt:

1. daß, wenn zur Zeit der erlassenen fremden Gesetze ein mahljähriger Besitzer oder ein Interimswirth das Colonat besaß, das Eigenthum an demselben nicht diesem, sondern vielmehr dem Anerben des Colonats, welchem es dieser Besitzer nach Ablauf seiner Mahljahre oder der Interimswirthschaft wieder herauszugeben verpflichtet war, zugefallen ist. Denn der Besitzer auf Mahljahre und der Interimswirth hatten nur ein Besitzrecht auf bestimmte, von der Gutsherrschaft festgesetzte Jahre, kein vererbliches Besitz- oder Colonatsrecht." D. H.

2) Abgedruckt bei Schlüter, Provincialrecht der Provinz Westphalen Bd. I. S. 257. u. flgd. Die angeführten §§. 1. 2. 4. 11—14. Tit. 9. Th. II. lauten:

§. 1. „Eigenbehöriger Ehe-Leuten eheliche Kinder erwerben zwar alle durch die Geburt das Erb- und Successions-Recht an dem Gut oder Erbe, welches ihre Elteren nach Eigenthums-Recht unterhaben. Alldieweil aber nur eins von denenselben succediren kan, und dann wegen der Art und Weise, wie die Kinder succediren, und welchem darunter der Vorzug oder einiges Vorrecht ge-

bühret, die bisherige Gebräuche und Gewohnheiten an sich sehr unterschiedlich, ungleich auch ungewiß sind, und nach Zeugnüß deren aus den Ämteren eingegangenen Berichteren es bald so, bald wiederum anderst damit gehalten worden, dergestalt, daß, wie es die Erfahrung lehret, diese in dem Herbringen selbst sich äußerende Ungewißheit öfterst zu kostbaren und verderblichen Streit-Sachen Anlaß gegeben, so haben Wir zur Vermeydung aller daraus weiter entstehen könnenden Rechts-Händlen und Processen Uns mit Unseren Landständen darüber verglichen, und verordnen demnach, daß bei sich ereignenden Successions-Fällen die Guts-Herren (weil ihnen daran, daß ihre Höfe, Erbe und Kotten mit tüchtigen Leuten wieder besetzet werden, am meisten gelegen ist, und zu vermuthen stehet, daß sie auch am Besten dafür sorgen werden) unter denen alsdann obhandenen, zu der Succession und Verwaltung der Stette tauglichen Kinderen Männ- und Weiblichen Geschlechts, auch unter denen 1ster und 2ter Ehe Kinderen, wann der Anerb, oder der, von welchem das Erbe herkommet, zur zweiten Ehe geschritten wäre, die freye Wahl haben sollen, den, oder die, welchen, oder welche sie dazu am tauglichsten zu seyn, erachten, auszusehen, und zu bestimmen."

§. 2. „Wann jedoch der Anerb oder die Anerbin nicht, sonderen nach dessen oder derselben Absterben der andere Ehegatt sich wieder verheyrathet hätte, und aus erster Ehe Kinder obhanden wären, soll denenselben, wann sonst dagegen nichts erhebliches einzuwenden ist, der Vorzug gelassen werden."

§. 4. „Wann aber bei Absterben deren Elteren die Kinder noch alle minderjährig, und das Erbe anzunehmen und zu verwalten nicht im Stand wären, so hat der Guts-Herr mittlerweile, und bis daran eines deren Kinderen sich zu der Succession und Annehmung der Stette fähig gemachet hat, über die Administration und Verwaltung zu disponiren."

§. 11. „Wann eigenbehörige Ehe-Leute, so das Erbe gewonnen haben, ohne Hinterlassung ehelicher Leibs-Erben mit Tod abgehen, und von dem verstorbenen Anerben noch Brüder oder Schwestern übrig wären, sind diese, und in Abgang derenselben die, so von dem Geblüte noch vorhanden, mit Vorbehalt der dem Guts-Herren, wie obgedacht, in pari gradu zustehenden Wahl, zu der

tigungen in den Landestheilen, welche zu dem ehemaligen Großherzogthum Berg eine-

Succession die nächste, jedoch können die so Verzicht und Abstand gethan, wie auch Ehe-Leute, so einmahl die Leib-Zucht bezogen, zu dem Erbe und Successions-Rechte wider den Willen der Guts-Herren keinen Regreß nehmen."

§. 12. „Wofern aber der Letzt-lebende (wann es auch der Anerb nicht, sonderen der Ehegatt wäre, so sich mit demselben auf dem Erbe verheyrathet, und eigen gegeben hat) mit Gutsherrlicher Bewilligung wieder zur Ehe schreitet, so gebühret denen aus solcher Ehe erzeugten Kinderen das Erb- und Successions-Recht, und werden dadurch des verstorbenen Anerbens Brüder und Schwestern, fort alle übrige, so aus dem Geblüte noch am Leben, von der Succession ausgeschlossen."

§. 13. „Wann der Anerb oder die Anerbinn mit Gutsherrlicher Bewilligung zur zweiten Ehe schreitet, so bleibet zwar der oder dieselbe, es mögen Kinder aus der ersten Ehe seyn oder nicht, auf dem Erbe, so lang er oder sie demselben vorzustehen fähig ist, jedoch sollen dem mit dem Anerben oder der Anerbinn sich verheyrathenden Ehegatten, wann er sich eigen gegeben, und Kinder aus erster Ehe obhanden, gewisse, über 25 Jahr nicht zu erstreckende Mahljahren gesetzet werden, und ist derselbe nach Verlauf der Mahljahren, wann immittels der Anerb oder die Anerbinn verstorben wäre, dem Kinde, welches der Guts-Herr aus erster oder zweiter Ehe zu der Succession bestimmt, das Erbe einzuraumen, und die Leib-Zucht zu beziehen schuldig."

§. 14. „Wann aber nach Absterben des Anerben oder der Anerbinne der überlebende Ehegatt sich wieder verheyrathet, und aus erster Ehe Kinder obhanden wären, als welche, wie oben schon verordnet worden, in der Succession den Vorzug haben, so werden auch auf diesem Fall, und zwar beyden Ehe-Leuten nach Unterscheid und Proportion des Alters derer Ehe-Leuten und Vorkinderen sichere, doch auch nicht über 25 Jahr zu erstreckende Mahljahren gesetzet, sofern jedoch mitler weil die sämtliche Vorkinder verstürben, oder, frey gelassen, ob sonst zu der Succession untauglich wären, so können zwar die Ehe-Leute nach Ablauf der gesetzten Mahljahren mit Gutsherrlicher Bewilligung noch länger auf dem Erbe verbleiben, müssen aber alsdann

Zeit lang gehört haben; vom 21. April 1825 §§. 15. 23.; Gesetz-Sammlung S. 97. 99.

W. besaß ein eigenbehöriges Colonat im vormaligen Bisthum Münster. Er starb im Jahre 1802 mit Hinterlassung einer Wittwe und vier minderjähriger Kinder. Die Nachfolge in die Stätte unterlag den Vorschriften der Münsterschen Eigenthums-Ordnung vom 10. Mai 1770. Danach wären die vier Kinder gegen einander gleich berechtigt; der Gutsherr hatte den Stättefolger zu wählen, und dieser die Geschwister abzufinden. Es konnte indeß damals noch keines der Kinder dem Colonate vorstehen. Der Gutsherr wählte daher den neuen Besitzer noch nicht. Die Wittwe heirathete den Landwirth V.; die Eheleute setzten die Bewirthschaftung des Guts fort, und wurden, nach Vorschrift der Eigenthums-Ordnung, auf bestimmte Mahljahre gesetzt.

Beim Eintritt der Fremdherrschaft kam das Colonat unter die Landeshoheit des Großherzogthums Berg, unter welcher am 12. December 1808 das Decret über die Auf-

---

über das vorhin bezahlte noch ein leydentliches Gewinn-Geld für die übrige Zeit entrichten."

Der Tit. 7. Th. III. führt die Überschrift: „Von Aussteuer und Brautschätzen." Der §. 1. dieses Titels lautet:

„Da in denen eigenbehörigen Güteren, Höfen, Erben, Kotten, und dem nach Abzug des Sterbfalls übrig bleibenden peculio nur eins deren Kinderen (welches vermög dieser Ordnung dazu bestimmet wird) succediren kann, so sind die Elteren, und nach deren Absterben die Anerben und successores schüldig, die übrige Kinder, sie mögen aus erster, oder auch, wann der überlebende Ehegatt sich mit Gutsherrlicher Bewilligung wieder verheyrathet, aus der folgenden Ehe entsprossen sein, nach den Kräften des *peculii*, und vom Erbe habenden Genusses zu dotiren, und auszusteuren." D. H.

hebung der Leibeigenschaft und Verwandlung des vererblichen Besitzrechts der Eigenbehörigen an ihren Grundstücken in volles Eigenthum [3]), erging. Während der Herrschaft dieses Gesetzes starb im Jahre 1813 eins der gedachten vier Kinder des Colonen W. ohne Nachkommen und Testament. Am 6. Januar 1825 übertrug ein zweites Kind, eine Tochter, den Mahlzählern ihr Anrecht am Colonat gegen Vergütigung.

Bald darauf erging das Gesetz vom 21. April 1825 über die, den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse und über die Realberechtigungen in den Landestheilen, welche zu dem ehemaligen Großherzogthum Berg eine Zeit lang gehört haben.

Im Jahre 1826 nahmen die Mahljahre der Mahlzähler ein Ende. Eins der jetzt noch lebenden drei Kinder des Colonen W., ein Sohn, gerieth mit den Mahlzählern über das Colonat in Streit. Er nahm das Eigenthum zu einem Drittel in Anspruch. Die Mahlzähler wollten

---

3) Decret, die Abschaffung der Leibeigenschaft betreffend, vom 12. December 1808 (Gesetz-Bülletin des Großherzogthums Berg, Bd. I. № 6. S. 182. u. flgd.) Die Art. 1. u. 2. desselben verordnen:

Art. 1. „Von dem Tage der Verkündigung des gegenwärtigen Decretes an zu rechnen, ist die Leibeigenschaft, welcher Art sie auch sein mag, so wie alle darauf gegründete Rechte und Verbindlichkeiten in allen, das Großherzogthum Berg und Cleve ausmachenden Staaten abgeschafft. Die ehemals Leibeigenen und Colonen sollen alle bürgerlichen Rechte in ihrer ganzen Ausdehnung genießen, so wie alle andere Bewohner des genannten Großherzogthums."

Art. 2. „Das Colonat und die, unter diesem Titel bestehende Theilung zwischen den Gutsherren und den Colonen ist aufgehoben. Die Colonen sollen das Colonat sammt allen dazu gehörigen Pertinenzien als volles und unbeschränktes Eigenthum besitzen, mit Ausnahme des Bau- und hochstämmigen Holzes, in Ansehung wessen hierunten näher wird verfügt werden."

das vierte, erst nach der Verkündigung des Decrets vom 12. December 1808 verstorbene Kind bei der Bestimmung der Eigenthums-Antheile mitgezählt wissen. Der Sohn war dagegen der Meinung, daß es nur auf die Zahl der, beim Ablauf der Mahljahre vorhanden gewesenen Kinder ankomme, und das vorher verstorbene Kind kein Eigenthum erlangt und vererbt habe. Das Geheime Ober-Tribunal entschied am 30. April 1835 die Sache zu Gunsten des Sohns, indem es der, von ihm aufgestellten Ansicht beitrat.

Demnächst entstand unter denselben Partheien ein neuer Proceß.

Der Sohn fand in der, von seiner Schwester am 6. Januar 1825 vorgenommenen Übertragung ihres Anrechts am Colonate auf die Mahlzähler die Veräußerung eines Antheils an einem gemeinschaftlichen Eigenthum, und gründete darauf ein, nunmehr geltend gemachtes Vorkaufsrecht [4]). Auch diese Sache gelangte in dritter Instanz an das Geheime Ober-Tribunal. Es entstand die Frage: ob der Vertrag vom 6. Januar 1825 den Verkauf eines Antheils an einem Grundstücke, oder die Abtretung eines Rechts in sich schließe. Es wurde nämlich nur im ersteren Falle das Vorkaufsrecht für begründet erachtet. Jene Frage leitete aber auf die weitere: „ob der Schwester, bei der Abschließung des Vertrages vom 6. Januar 1825, vor Ablauf der Mahljahre der Mahlzähler, schon ein Miteigenthum an dem Colonate, oder nur ein bedingtes, vom Erleben der Endzeit der Mahljahre abhängiges Erbfolgerecht

---

4) Vgl. A. L. R. Th. I. Tit. 17. §§. 60. 61. — Edict vom 8. October 1807 §. III. (Rabe, Samml. Bd. IX. S. 86.)
D. H.

in die Stätte zugestanden habe. Auf Grund des Decrets vom 12. December 1808 und der Verordnung vom 21. April 1825 wurde angenommen, daß das Miteigenthum der Schwester schon seit dem Erscheinen des ersten Gesetzes angefallen und von ihr weiter übertragen worden sei.

Diese Abweichung in der älteren und der neueren Ansicht machte einen Plenar-Beschluß nothwendig. Es ward die Frage gestellt:

ob nach den §§. 15. und 23. des Gesetzes vom 21. April 1825 das Eigenthum eines vormals eigenbehörig gewesenen Colonats, das bei der Verkündigung des Bergschen Decrets vom 12. December 1808 von einem mahljährigen Besitzer besessen wurde, schon zur Zeit des Eintritts der Gesetzeskraft dieser Verordnung, oder erst nach Ablauf der den Mahlzählern bewilligten Mahljahre, den Erben des früheren Colonen anheimgefallen sei.

Durch den Beschluß vom 17. December 1838 wurde, der neueren Ansicht des Spruch-Senats gemäß, der Übergang des Eigenthums auf die Erben des Colonen als schon zur Zeit der Verkündigung des Decrets vom 12. December 1808 erfolgt, angenommen.

Gründe.

Der Zeitpunkt des Überganges des Eigenthums am Colonate auf die Erben des Colonen ist schon von der Verkündigung des Decrets vom 12. December 1808, nicht erst vom Endtermine der erst später abgelaufenen Mahljahre der Mahlzähler an, zu bestimmen. Das Mahlzähler-Verhältniß bedingt die Eigenthums-Erwerbung nicht. Die Vorschriften des Decrets vom 12. December 1808 und des Gesetzes vom 21. April 1825, so wie das ganze Rechtsverhältniß selbst, lassen dies klar erkennen.

Während der Dauer der Leibeigenschaft war der Guts-

herr Eigenthümer, der eigenbehörige Colon dagegen erblicher Besitzer und Nutznießer der Stätte. Die, in der Familie des Eigenbehörigen bestehende Erbfolge war durch Herkommen und Gesetz festgestellt. Die Kinder und Nachkommen des Colonen hatten ein Erbrecht; theils war der Anerbe gesetzlich bestimmt, theils waren die mehreren Kinder zur Nachfolge in die Stätte gleich berechtigt, der Gutsherr hatte zu wählen, oder der Stättefolger wurde auf andere Weise ermittelt. Mit den Grundsätzen über die Nachfolge in das Colonat standen diejenigen über den Brautschatz und das Mahlzähler-Verhältniß in Verbindung. Der erstere diente zur Abfindung der Mitglieder der Familie des Colonen, das letztere hatte die Sorge für die Verwaltung des Colonats während der Minderjährigkeit des Colonen zum Zweck.

Das Decret vom 12. December 1808 hob die Leibeigenschaft auf, und mit dieser ging das alte, in ihr wurzelnde Colonatrecht unter. Das Eigenthum des Gutsherrn an der Stätte erlosch; das beschränkte, vererbliche Besitz- und Nießbrauchsrecht des Colonen dagegen erhob sich zum vollen Eigenthum. War der Colon bei dem Erscheinen des eben gedachten Decrets am Leben und im Besitz der Stätte, so wurde sein Recht an derselben erweitert; war er schon vorher verstorben, so wurde der Gewinn seinen Erben zu Theil.

Die Nachfolge in das Gut richtete sich zunächst nach den Gesetzen, welche zur Zeit des Todes des Colonen, als des Zeitpunkts der Eröffnung der Erbfolge, bestanden. Bezeichneten diese ein bestimmtes Kind als den Anerben, so erwarb dieses das Eigenthum; waren die mehreren Kinder zur Nachfolge gleich berechtigt, und war der Stättefolger vom Gutsherrn zu wählen, oder durch ein anderes Ereigniß zu bestimmen, so kam es auf den Rechtszustand zur

Zeit der Verkündigung des vorerwähnten Decrets an. Hatte damals der Gutsherr schon gewählt, oder war der neue Besitzer des Colonats auf sonstige Weise bereits bestimmt, so wurde dieser der Eigenthümer; dauerte dagegen die gleiche Berechtigung der mehreren Kinder noch fort, so erlangten diese gemeinschaftlich das Eigenthum, und der Gutsherr konnte jetzt nicht mehr wählen. Die älteren Vorschriften zur Bestimmung des noch ungewissen Stättebesitzers unter den mehreren gleich Berechtigten waren ebenfalls nicht mehr in Kraft. Die Eigenbehörigen waren zum Genusse aller bürgerlichen Rechte gelangt; ihr Anrecht auf das Colonat und ihr Verhältniß zu einander konnte daher nur nach den allgemeinen Gesetzen über die Erbfolge und das Eigenthum beurtheilt und festgestellt werden.

Ein, zur Zeit der Verkündigung des oft angeführten Decrets bestehendes Mahlzähler-Verhältniß änderte diesen Rechtszustand nicht. Dies Verhältniß war nur untergeordneter Art. Der Mahlzähler war nicht wirklicher Colon oder Anerbe, sondern nur dessen gesetzlicher Stellvertreter. Der Anerbe und die erbfähige Familie des Colonen ging ihm unbedingt vor, und schloß ihn und seine Rechtsnachfolger aus. Dieses vorzüglichere Recht der Ersteren hatte nothwendig den Übergang des, an die Stelle des beschränkten vererblichen Besitz- und Nutzungsrechts tretenden vollen Eigenthums auf die zunächst Berechtigten zur Folge. Für sie trat die Erweiterung und Umwandlung des Rechts ein. Der, durch die Gleichstellung der Eigenbehörigen mit den freien Staatsbürgern in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit und die Erbfolge-Gesetze, und in Beziehung auf das Rechtsverhältniß zu den Colonaten für die Besitzer derselben entstehende Vortheil konnte den Erben des Colonen durch den Mahlzähler nicht beschränkt, noch entzogen wer-

den. Das Mahlzähler-Verhältniß, so weit es eigene, von der erblichen Nachfolge unabhängige Verwaltungs- und Nutzungsrechte für den Mahlzähler begründete, wurde allerdings durch jene Erweiterung des beschränkten Besitzrechts der Erben des Colonen in volles Eigenthum, nicht betroffen und beeinträchtigt. Dagegen stand auch dem Mahlzähler, nach der Natur des Rechtsverhältnisses, kein Anspruch auf Theilnahme an jenen erweiterten Rechten der zunächst berechtigten Erben zu.

Nur so kann das Decret vom 12. December 1808 in seiner Wirkung auf das alte Colonat-Verhältniß, nach dem ganzen inneren Zusammenhange des letzteren, aufgefaßt und angewendet werden.

War nur Ein Erbe vorhanden, so wurde er der alleinige Eigenthümer; waren deren mehrere, so wurden sie gemeinschaftliche Eigenthümer des Colonats, und im Verhältnisse gegen einander Miteigenthümer zu gleichen Rechten und Antheilen. Das einstweilen fortbestehende Mahlzähler-Verhältniß beschränkte dieses Eigenthum nur in der Ausübung, verminderte es aber sonst in seinem Wesen und in seiner Wirkung nicht. Die Unzulässigkeit der Theilung und Zerstückelung des Colonats, und die daraus sich ergebende Folge, daß nur Ein Erbe die Stätte besitzen konnte, war nicht auf das Eigenthum selbst von Einfluß, sondern nur in Beziehung auf die Auseinandersetzung unter den Erben von Erheblichkeit.

Das Gesetz vom 21. April 1825 hat diesen Rechtszustand aufrecht erhalten. Das Recht des Gutsherrn, den Annehmer der Stätte unter mehreren Miterben zu bestimmen, ist, zufolge des §. 7., nach wie vor aufgehoben geblieben. Der §. 15. bestimmt ferner:

„Jeder bäuerliche Besitzer, dem zu der Zeit, wo die er-

lassenen fremden Gesetze für ihn Gesetzeskraft erhielten, ein vererbliches Besitzrecht an einem Grundstück zustand, hat daran jedenfalls, die §. 21. bestimmten (auf ein Zeitpachtsverhältniß sich erstreckenden) Fälle ausgenommen, das volle Eigenthum erworben. In Ansehung der Colonate ist hierbei auf die Zeit der Gesetzeskraft des Decrets vom 12. December 1808 — — zu sehen;"

und der §. 23. setzt fest:

„Wenn in der oben (§. 15.) bestimmten Zeit das bäuerliche Grundstück von einem mahljährigen Besitzer oder Interimswirthe besessen wurde, so gebühren die daselbst angegebenen Rechte nicht diesem damaligen Besitzer, sondern demjenigen, dem es dieser Besitzer wieder herauszugeben verpflichtet war."

Beide Bestimmungen enthalten eine ausdrückliche Anerkennung des, durch das Decret vom 12. December 1808 begründeten Rechtsverhältnisses. Die letztere Vorschrift schließt bestimmt und klar den mahljährigen Besitzer vom Eigenthum aus, und beschränkt den Erwerb desselben auf die Erben des Colonen. Dies sind diejenigen, denen der Mahlzähler das Colonat herausgeben muß. Bei der Bestimmung des Rechtsverhältnisses der Erben des Colonen und des Mahlzählers gegen einander in Beziehung auf das Colonat entscheidet die Vorschrift, daß der Mahlzähler keinen Anspruch auf das Eigenthum zu machen hat.

Der Übergang des Eigenthums auf die Erben des Colonen kann ferner nicht als bis zum Ablauf der Mahljahre ausgesetzt gedacht werden. Diese Annahme würde zu der Folgerung führen, daß in der Zwischenzeit gar kein Eigenthümer vorhanden sei. Es würde das Rechtsverhältniß unter dieser Voraussetzung als ganz unbestimmt und vom Zufalle abhängig erscheinen.

Die, durch das Gesetz vom 21. April 1825 und die Allerhöchste Cabinetsorder vom 24. November 1833 (Gesetz-Sammlung S. 292.) in Ansehung der, dem Heimfall unterworfenen Grundstücke wieder hergestellte ältere Erbfolge kann auf frühere Erbfälle nicht bezogen werden, und zur Bestimmung des Rechtsverhältnisses über das, in Gemäßheit des Decrets vom 12. December 1808 und des Gesetzes vom 21. April 1825 den Colonen und ihren Erben anheimgefallene Eigenthum überhaupt nicht Anwendung finden;

Allerhöchste Cabinetsorder vom 1. August 1835 (Gesetz-Sammlung S. 180.).

Dieses Eigenthum ist durch den, zur Zeit des Eintritts der Gesetzeskraft des Decrets vom 12. December 1808 vorhanden gewesenen, in dem Gesetz vom 21. April 1825 nur anerkannten Rechtszustand unwiderruflich zu Gunsten der damaligen Erben der Colonen begründet worden, und kein ungewisses, bedingtes, von einem späteren Rechtszustande beim Ablauf der Mahljahre abhängiges Erbfolge-Recht mehr.

Hiernach ist die, zur Entscheidung gestellte Frage wie geschehen zu beantworten.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den hier vorliegenden Rechtsfall ergiebt für diesen zugleich folgendes Resultat:

Die vier, zur Zeit der Verkündigung des Decrets vom 12. December 1808 vorhandenen Kinder des Colonen W. wurden die gemeinschaftlichen Eigenthümer des Colonats. Das, im Jahre 1813 verstorbene Kind hat sein Miteigenthum weiter vererbt. Die Tochter hat im Jahre 1825 ihr Miteigenthum an die Mahlzähler veräußert. Demgemäß ist zwischen diesen und dem Sohne der Streit über die Eigenthumsrechte am Colonate zu entscheiden.

№ 27.

Proceß-Vollmacht. Revision. Nichtigkeitsbeschwerde.

Es bedarf in Revisionssachen nicht der Aussetzung der Publication des Urtels bis nach erfolgter Ergänzung der mangelhaften Proceß-Vollmacht, wenn die Mängel von der Art sind, daß sie nach Vorschrift der Proceß-Ordnung die Zulassung des Bevollmächtigten, mit Vorbehalt der nöthigen Ergänzung, nicht hindern.

Wegen solcher Mängel der Vollmacht kann auch eine Nichtigkeitsbeschwerde als nicht gehörig angebracht nicht zurückgewiesen werden [1]).

A. G. O. Th. I. Tit. 3. §§. 30. 54.

Vgl. Declaration der Verordnung vom 14. December 1833 über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde, vom 6. April 1839 Art. 7. Absatz 3.; Gesetzsammlung S. 129.

Der, in der Überschrift enthaltene, durch den Plenar-Beschluß vom 12. November 1838 angenommene Rechtssatz beruht auf folgenden Gründen:

Die

1) Vgl.
I. Merckel, Commentar zur A. G. O. Bd. I. S. 176. 177.
II. Grävell, Commentar zur A. G. O. Bd. I. S. 410. 411.
III. Entscheidungen des Geheimen Ober-Tribunals Bd. I. № 32. S. 328. u. flgd. D. H.

Die A. G. O. schreibt Th. I. Tit. 3. §. 30. unter № 1—6. die Erfordernisse einer jeden, zur Betreibung streitiger Rechts-Angelegenheiten ausgestellten Vollmacht vor, und bemerkt zu № 6., wo die Unterschrift des Vor- und Zunamens des Ausstellers, mit Beifügung seines Charakters, erfordert wird, daß dagegen die Beidrückung des Petschafts zur Gültigkeit der Vollmacht nicht nothwendig sei.

Gleichwohl können nicht alle, in dem §. 30. vorgeschriebenen Erfordernisse, wie es nach den angeführten Schlußworten der № 6. scheinen möchte, für so wesentlich erachtet werden, daß schon der Mangel des einen oder andern die Ungültigkeit der Vollmacht nach sich zieht, und dem zufolge in Revisionssachen jedesmal die Ergänzung des Mangels vor Publication des Erkenntnisses verfügt, in Nichtigkeitsbeschwerdesachen dagegen, wenn der Mangel bei der, von dem Imploranten ausgestellten Vollmacht angetroffen wird, die Beschwerde als nicht gehörig angebracht zurückgewiesen werden muß. Denn nach §. 54. a. a. O. soll zwar, wenn eine Vollmacht eingereicht wird, bei welcher im Äußerlichen eines der, in den vorhergehenden §§. festgesetzten Erfordernisse nicht gehörig beobachtet worden ist, das Gericht den Bevollmächtigten anweisen, binnen einer, nach den Umständen zu bestimmenden kurzen Frist eine vorschriftmäßig eingerichtete Vollmacht nachzubringen; inzwischen muß jedoch der Bevollmächtigte zugelassen werden, es wäre denn, daß in Fällen, wo die Gesetze eine gerichtliche Vollmacht erfordern, eine bloße Privatvollmacht beigebracht oder in Fällen, wo sie eine ausdrückliche Special-Vollmacht erheischen, dieselbe auf die vorzunehmende Handlung nicht gerichtet oder

überhaupt die Vollmacht dergestalt abgefaßt wäre, daß daraus nicht ersehen werden könnte, wer sie ausgestellt

habe, oder auf wen sie gerichtet sei, oder zu welcher Sache dieselbe gebraucht werden solle,

in welchen Fällen der Richter so verfahren soll, als wenn der angebliche Bevollmächtigte gar keine Vollmacht beigebracht hätte.

Hiernach muß also der Bevollmächtigte zugelassen werden, wenn nur die Vollmacht überhaupt dergestalt abgefaßt ist, daß daraus ersehen werden kann,

wer sie ausgestellt hat, auf wen sie gerichtet ist, und zu welcher Sache sie gebraucht werden soll;

möchte auch sonst das eine oder andere der, im §. 30. a. a. O. festgesetzten Erfordernisse nicht gehörig beobachtet sein, und deshalb der Bevollmächtigte zur Nachbringung einer vorschriftmäßig eingerichteten Vollmacht angewiesen werden müssen. Aus der inzwischen gestatteten Zulassung des Bevollmächtigten, und weil nur in den, im §. 54. a. a. O. ausdrücklich erwähnten Fällen der Richter so verfahren soll, als wenn gar keine Vollmacht beigebracht wäre, folgt aber, daß auch eine, von dem nicht schon in erster oder zweiter Instanz aufgetretenen und für legitimirt angenommenen Bevollmächtigten unterzeichnete Nichtigkeitsbeschwerde, welche der Implorant selbst nicht mit unterschrieben hat, zugelassen werden muß, und nicht, als nicht gehörig angebracht, zurückgewiesen und eben so wenig in Revisionssachen die Publication des Erkenntnisses bis zur Nachbringung der ganz vorschriftmäßig eingerichteten Vollmacht ausgesetzt werden darf.

Hiernach ist der Plenar-Beschluß dahin gefaßt worden:

Die, im §. 30. Tit. 3. Th. I. der A. G. O. aufgeführten Erfordernisse einer Proceß-Vollmacht, in deren Ermangelung nach §. 54. ebend. der Bevollmächtigte, mit Vorbehalt der etwa nöthig befundenen Ergänzung, doch zu-

gelassen werden muß, sind nicht für wesentliche oder solche zu erachten, weshalb in Revisionssachen jedesmal eine Ergänzung vor Publication des Erkenntnisses verfügt und in Nichtigkeitsbeschwerdesachen die Beschwerde, als nicht gehörig angebracht, zurückgewiesen werden muß.

№ 28.

Wechsel. Anweisung. Annahme. Eigene Order. Bevollmächtigter.

I. Ein, an die **Order** des **Ausstellers** gezogener, von einem Nichtwechselfähigen acceptirter Wechsel gilt als **Anweisung**.

II. Der Acceptant wird dem Indossatar aus der Annahme eines solchen Wechsels selbst dann verhaftet, wenn zur Zeit der letzteren das Giro noch nicht erfolgt war [1]).

III. Doch muß auch in diesem Falle der Indossatar, wenn der Aussteller das Geschäft in seinem Auftrage gemacht hat, sich diejenigen Einwendungen gefallen lassen, welche dem Acceptanten gegen den Aussteller zustehen.

---

1) S. I. **Bornemann**, system. Darstellung des Preuß. Civilrechts Bd. III. S. 630. u. flgd.

II. Anderer Meinung ist **Grävell**, Commentar zu den Creditgesetzen Bd. IV. Abth. 1. S. 109. Note **).

Vgl. III. **Central-Blatt**, Jahrg. 1838. S. 853. u. flgd.

D. H.

A. L. R. Th. I. Tit. 16. §§. 251. 259.; vgl. ebend. §§. 256. 257.

Ebend. Th. II. Tit. 8. §§. 713. 714. 943.; vgl. ebend. §§. 994. 1002. 1003.

Gutachten der Gesetz-Commission vom 17. Juni 1800 und

Justizministerial-Rescript vom 30. dess. M. und J. [2])

Der Kaufmann Ferdinand T. aus Königsberg zog auf Carl A. in Memel, welcher nicht wechselfähig war, folgende Tratte:

„Gegen diesen meinen Sola-Wechsel zahlen Sie 3 Monate a dato an die Order von mir selbst die Summe von 2000 Thlrn. Preuß. Courant. Den Werth in Rechnung, und stellen es auf Rechnung. Memel, den 12. April 1836.

Ferdinand T. aus Königsberg.

Herrn Carl A. in Memel.“

Der Wechsel wurde von A., ohne Hinzufügung des Tages der geschehenen Annahme, acceptirt, und von T. am 15. April des gedachten Jahres an Ferdinand S. oder dessen Order, mit dem Bekenntniß der erhaltenen Valuta, girirt. Drei Tage nach der Verfallzeit, am 15. Juli 1836, nahm der Indossatar S. den Acceptanten A. auf Bezahlung der verschriebenen Summe mit fünf Prozent Zinsen seit dem Zahlungstermin im summarischen Prozeß in Anspruch.

Der Verklagte recognoscirte sein Accept, behauptete

---

2) Amelang, neues Archiv Bd. I. S. 185—195; Stengel, Beiträge Bd. XI. S. 371—387., und Rabe, Sammlung Preuß. Gesetze Bd. VI. S. 155—167. D. H.

jedoch, daß das Giro erst nach demselben erfolgt, und er deshalb befugt sei, dem Indossatar diejenigen Einwendungen entgegen zu setzen, die ihm gegen den Indossanten T. zuständen. Nun sei aber das Geschäft mit dem Letzteren in folgender Art zu Stande gekommen: T. habe ihm den Antrag gemacht, einige, auf das Leben des Theaterkassirers N. N. zu Z. gestellte Lebens-Versicherungs-Polizen zu funfzig Prozent zu kaufen. Er habe sich darauf nicht einlassen wollen; auf das Vorzeigen einer schriftlichen Bescheinigung des X., daß derselbe für dergleichen Polizen dem T. sechzig Prozent offerirt habe, so wie eines Attests des Dr. A., daß der Theaterkassirer N. N. ein Trunkenbold, zum Schlage geneigt und dessen Tod wohl binnen sechs Monaten zu erwarten sei, habe er sich indeß bereit finden lassen, dem T. 2000 Thlr. gegen Verpfändung von fünf solcher Polizen im Betrage von 1000, 1000 und 3000 Thlrn., so wie von 150 und 200 Liv. Sterl., vorzuleihen. Zu dem Ende sei von ihm der vorerwähnte, von T. an eigene Order ausgestellte Wechsel mit seinem Accepte versehen; von T. dagegen in einem Notariats-Instrument vom 12. April 1836 erklärt, daß A. für jenen Wechsel keine Deckung in Händen habe, und T. sich daher verpflichte, noch vor der Verfallzeit den Wechsel einzulösen; falls aber solches nicht erfolge, und A. aus dem Accept Zahlung leisten müsse, der Letztere befugt sei, sich aus den oben bezeichneten Polizen, die zu diesem Behuf bei einem Dritten deponirt bleiben sollten, bezahlt zu machen. Er, Verklagter, habe nun aber seitdem nicht nur von T. keine baare Deckung erhalten, sondern auch erfahren, daß jene Polizen die vorausgesetzte Sicherheit gar nicht gewähren, indem der Theater-Kassirer N. N. ein kerngesunder Mann sei, und von dem X. nicht sechzig, sondern nur vier Prozent für dergleichen Polizen

geboten worden. Er habe sich somit in einem, das Wesentliche des Geschäfts betreffenden, durch T. veranlaßten Irrthum befunden, und könne von dem Geschäfte zurücktreten. Er werde daher keine Zahlung leisten, und der Kläger müsse sich dies um so mehr gefallen lassen, als, abgesehen davon, daß zur Zeit des Accepts der Wechsel auf denselben noch nicht girirt gewesen, der Kläger auch Eigenthümer der Polizen sei, und T. nur als dessen Beauftragter das Geschäft gemacht habe.

Der Kläger hielt bei dem vorhandenen Accepte des Verklagten den Umstand, daß das Giro erst später erfolgt sei, für unerheblich. Er ignorirte das, zwischen dem Verklagten und dem T. gemachte Geschäft, räumte jedoch in Beziehung auf den, angeblich dem Letzteren ertheilten Auftrag ein, die drei Polizen über 1000, 1000 und 3000 Thlr., nicht aber die beiden andern, dem T. gegeben zu haben, um sie für einen bestimmten Preis in Memel unterzubringen, und das über diesen Preis hinaus Erhaltene für sich zu behalten. Dies sei indeß in Beziehung auf die, aus dem Accept für den Verklagten entstandene Verpflichtung gleichgültig, und der Verklagte müsse das Accept um so mehr vertreten, als er sich dafür von dem T. eine Provision von 100 Thlrn. habe bezahlen lassen.

Verklagter gestand zwar zu, von T. 100 Thlr. empfangen zu haben, jedoch nicht als Provision, sondern als Kaufpreis für einige Galanteriewaaren, und als Vorschuß wegen zu bezahlender Kosten.

Nach erfolgter Beweisaufnahme über den Hergang der Sache erkannte die Deputation des Land- und Stadtgerichts zu Memel für summarische Merkantilsachen am 24. April 1837 auf Abweisung des Klägers. Es wurde angenommen, daß, weil zur Zeit des erfolgten Accepts ein

Giro nicht vorhanden, in dem Wechsel mithin nur zwei Personen benannt gewesen, das Giro nur für eine Cession erachtet werden könne, und der Schuldner und Acceptant daher wohl befugt sei, dem Cessionar diejenigen Einwendungen entgegen zu setzen, die ihm gegen den Cedenten zuständen. Gegen den Letztern, den T., ergebe sich aber der Nichtempfang der Valuta aus seinem eigenen, in dem Notariats-Instrumente abgelegten Bekenntniß. Auch müsse der Kläger als der Machtgeber des T. angesehen werden.

Auf die, von dem Kläger eingelegte Appellation bestätigte die Appellations-Deputation des Oberlandesgerichts zu Königsberg am 14. October 1837 das erste Erkenntniß.

Der Appellationsrichter führte aus:

Es leuchte von selbst ein, daß der, von dem Kaufmann T. ausgestellte, von dem Verklagten acceptirte Wechsel als eine rechtsgültige Anweisung nicht gelten könne, weil demselben das wesentlichste Requisit einer solchen, nämlich die Benennung des Assignatars, fehle; A. L. R. Th. I. Tit. 16. §. 251. Nur an den Aussteller T. oder dessen Order habe der Verklagte Zahlung zu leisten versprochen. Der Wechsel dürfe daher nur für einen, auf Order ausgestellten Schuldschein angesehen werden. Somit sei der Verklagte auch befugt, dem Kläger, den er für seinen Gläubiger niemals anerkannt habe, den Einwand der nicht empfangenen Valuta mit voller Wirkung entgegenzusetzen, und dieser werde durch das, von dem T. in dem Notariats-Instrument vom 12. April 1836, an einem und demselben Tage mit der Ausstellung des Wechsels und des Accepts erklärte Bekenntniß, daß der Verklagte für den Wechsel keine Deckung empfangen, bewahrheitet. Nicht anders komme die Sache zu stehen, wenn man den Wechsel als Anweisung gelten

lassen wolle. Denn die Kraft und Wirksamkeit derselben entstehe jedenfalls erst durch das Giro. Die Vorschrift des §. 259. a. a. O. setze aber augenscheinlich, wie bei der Cession [3]), voraus, daß dem acceptirenden Assignaten der Assignatar zur Zeit der Annahme schon bekannt gewesen sei, weil es ihm nur dadurch möglich werde, die, ihm nach den §§. 256. 257. ebend. obliegende Prüfung vorzunehmen; jene Vorschrift könne also auch da keine Anwendung finden, wo, wie hier, der Assignatar erst nach dem Accept bestimmt worden sei.

Der Kläger legte die Nichtigkeitsbeschwerde ein, und behauptete hierbei, daß der Appellationsrichter

a) indem er die Urkunde vom 12. April 1836 nicht für eine Anweisung, sondern blos für einen, auf Order gestellten Schuldschein gelten lassen wolle, gegen die, in dem A. L. R. Th. I. Tit. 4. §§. 94. 95. und Tit. 5. §. 75., so wie Th. II. Tit. 8. §. 943. ausgesprochenen Rechtsgrundsätze, und

b) indem er der Urkunde, selbst wenn solche als Anweisung anzusehen, die Wirkung um deshalb abspreche, weil das Accept vor dem Giro erfolgt sei, nicht minder die, in den §§. 257. 259. Tit. 16. a. a. O., so wie in der Einleitung zum A. L. R. §. 46. enthaltenen Rechtsgrundsätze verletzt habe.

Das Geheime Ober-Tribunal nahm in dem Erkenntnisse vom 22. September 1838 die Nichtigkeitsbeschwerde für begründet an, und erkannte, unter Vernichtung des Appellations-Urtels, auf Bestätigung des Erkenntnisses erster Instanz.

---

3) Vgl. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 412. D. H.

Gründe.

Es ist dem Kläger darin beizupflichten, daß der Appellationsrichter die rechtliche Natur des, der Klage zum Grunde liegenden Documents gänzlich verkannt, und in dieser Beziehung gegen Rechtsgrundsätze verstoßen hat.

Die Schrift vom 12. April 1836 ist nach ihrem ausdrücklichen Inhalt ein Wechsel, und zwar nach ihrer Form ein gezogener. Ein jeder gezogener Wechsel ist, schon seinem Begriffe nach, abgesehen von seinen Eigenthümlichkeiten als Wechsel, eine Anweisung [4]). Die Definitionen des A. L. R. von der Anweisung im §. 251. Tit. 16. Th. I., und von dem gezogenen Wechsel in den §§. 713. 714. Tit. 8. Th. II. lassen darüber keinen Zweifel. Denn vermöge der einen wie des andern wird von dem Aussteller ein Zweiter beauftragt, das, was er dem Ersteren schuldig ist, an einen Dritten zu bezahlen. Dieser allgemeine Charakter gezogener Wechsel kann auch bei solchen, welche an eigene Order gestellt sind, nicht hinweggeleugnet werden. Daß es aber überhaupt zulässig sei, gezogene Wechsel an eigene Order zu richten, darüber waltet kein

4) Vgl. I. Motive zum Entwurf des A. L. R. Th. I. Tit. 14. u. 16. S. 126.:

„Im Grunde ist der trassirte Wechsel nichts anderes als eine Anweisung zu zahlen; die Natur des kaufmännischen Verkehrs machte aber bei den hieraus entstehenden Rechtsverhältnissen eine schleunige Rechtshülfe und diese hinwiederum gewisse strengere Formen nothwendig &c.“

II. Goßler, Anleitung zum Preuß. Wechselrecht §. IX. S. 8. u. §. XXVI. S. 64. 65.

III. Daniels, Grundsätze des Wechselrechts mit Rücksicht auf das A. L. R. &c. §. 34. S. 148.

IV. Bielitz, Commentar zum A. L. R. Bd. VI. S. 382.

V. Erelinger und Gräff, Wechselrecht S. 155. Vorbemerkung XI. № 1. D. H.

Zweifel ob; das A. L. R. erwähnt dessen zwar nicht speciell, hat es aber auch eben so wenig untersagt, und das, durch das Rescript vom 30. Juni 1800 bestätigte Gutachten der Gesetz-Commission vom 17. dess. M. und J. spricht die Gültigkeit trassirter Wechsel an eigene Order, welche auch von den Lehrern des Wechselrechts [5]) anerkannt wird, unumwunden aus. Somit sind denn auch solche Wechsel, ihrer eigentlichen Natur nach, Anweisungen.

Das A. L. R. Th. II. Tit. 8. §. 943. verordnet:

„Ermangelt eines der vorgeschriebenen Erfordernisse, so kann ein dergleichen gezogener Wechsel allenfalls nur als Assignation gelten."

Der hier gebrauchte Ausdruck: „allenfalls" berechtigt indeß keinesweges zu der Annahme, daß unter Umständen gezogene Wechsel auch nicht einmal als Anweisungen gelten. Denn das Gesetz spricht von dem Falle, wenn die für gezogene Wechsel vorgeschriebenen Erfordernisse fehlen. Es giebt allerdings beiden Arten von Schuldurkunden, der Anweisung und dem Wechsel, gemeinschaftliche Erfordernisse, in deren Ermangelung auch die Existenz einer Anweisung nicht anzunehmen ist, z. B. wenn der Name des Ausstellers, oder die bestimmte Bezeichnung der Summe fehlen sollte. Mangelt dagegen ein, blos für gezogene Wechsel zur Begründung der Wechselkraft vorgeschriebenes Er-

---

5) S. I. Grävell, Commentar zu den Creditgesetzen Bd. III. S. 330. Note *).

II. Daniels, Grundsätze des Wechselrechts §. 34. S. 149.

III. Bielitz, Commentar zum A. L. R. Th. VI. S. 402. 403.

IV. Crelinger und Gräff, Wechselrecht S. 155. u. flgd.

V. Die Note 6) angeführten Motive.

Vgl. auch

VI. Mathis, juristische Monatsschrift Bd. V. S. 116. 127.

D. H.

forderniß, ist also namentlich der Acceptant nicht wechselfähig, so kann die Urkunde freilich nicht als Wechsel gelten; es bleibt aber dennoch ihre Natur als Anweisung stehen.

Wenn nun der Appellationsrichter es als einen Mangel hervorhebt, daß der Name des Assignatars fehle, so ist dies eine ungegründete Ausstellung; denn was, bei angenommener Zulässigkeit von gezogenen Wechseln an eigene Order, kein Mangel bei diesen ist, das kann auch kein Mangel bei einer bloßen Anweisung sein. Es ist aber auch in der That ein Assignatar vorhanden, nämlich die Order des Ausstellers, derjenige, den der Aussteller durch sein Indosso als den Empfänger bezeichnet; die Rüge des Appellationsrichters trifft mithin selbst in dieser Beziehung nicht einmal zu. Die Urkunde würde ein gezogener Wechsel in aller Form sein, wenn nur der Bezogene wechselfähig wäre; nur dieser Mangel entzieht dem Instrumente die Wechselkraft. Da indeß alle sonstigen Förmlichkeiten vorhanden sind, so kann der bloße Mangel der Wechselfähigkeit die, den gezogenen Wechseln inwohnende Natur der Anweisung auch der vorliegenden Urkunde nicht entziehen. Der Appellationsrichter hat daher, indem er der letzteren die Kraft einer Anweisung abgesprochen, die bisher entwickelten Rechtsgrundsätze verletzt.

Eben so wenig kann man ihm darin beipflichten, wenn er, bei vorausgesetzter Existenz einer Anweisung, die Vorschrift des A. L. R. Th. I. Tit. 16. §. 259.:

„Hat der Assignat die Anweisung angenommen: so muß er dem Angewiesenen (Assignatario) Zahlung leisten, wenn er auch dem Anweisenden (Assignanten) zu nichts verpflichtet wäre,"

hier um deshalb nicht zur Anwendung bringen will, weil das Giro des T. an den Kläger erst nach dem erfolgten

Accept geschehen sei, und der §. 259., wie bei der Cession, voraussetze, daß dem acceptirenden Assignaten zur Zeit der Annahme der Assignatar schon bekannt gewesen, indem es ihm nur dadurch möglich werde, die ihm nach §. 256. 257. a. a. O. obliegende Prüfung vorzunehmen, ob er die Anweisung anzunehmen schuldig, oder die Annahme mit rechtlichem Grunde zu verweigern befugt sei. Denn wenn es auch nicht als Verletzung eines Rechtsgrundsatzes, wie Kläger annimmt, sondern nur als ein unrichtiger Ausdruck anzusehen ist, daß der Appellationsrichter in den gedachten §§. 256. 257. eine, dem Assignaten obliegende Prüfung finden will, während dieselben nur von einer ihm obliegenden Annahme, nach geschehener, ihm freigestellter Prüfung, sprechen: so liegt doch darin allerdings die Verletzung eines Rechtsgrundsatzes, daß der §. 259. in dem Falle für nicht anwendbar erklärt wird, wenn der Assignatar nicht schon bei dem Accept benannt ist.

Dem Assignaten ist, um sich zu versichern, ob er durch das Accept, wie der §. 256. sich ausdrückt, auch in Ansehung der Zeit, des Orts, der Münzsorten und sonst zu einem Mehreren, als er dem Anweisenden schuldig war, gegen den Angewiesenen nicht verpflichtet werde — die Kenntniß der Person, an welche er zur Verfallzeit Zahlung leisten soll, völlig entbehrlich. In allen jenen Beziehungen hat er es nur mit dem Verhältniß zu dem, ihm sehr wohl bekannten Aussteller oder Assignanten zu thun; an wen aber der Letztere, statt an sich selbst, künftig die Zahlung geleistet wissen will, das kann dem Assignaten ganz gleichgültig sein. Jeder, der eine Anweisung acceptirt, muß die Vorschrift des §. 259. kennen, also wissen, daß, sobald er einmal acceptirt hat, von ihm dem künftigen Präsentanten Zahlung geleistet werden muß, wenn er auch noch so viele

Einwendungen gegen den Assignanten haben sollte; er mag daher, bevor er acceptirt, dies erwägen, darf aber nicht hinterher den Einwand machen, daß er bei der Annahme den Assignatar nicht gekannt habe, weil nicht das Verhältniß zu diesem, sondern nur die Beschaffenheit seiner Schuld an den Assignanten auf seinen Entschluß zur Annahme rechtlich von Einfluß sein kann.

Bei der jetzigen Gesetz-Revision haben die Revisoren für das Wechselrecht [6]) dahin angetragen, die Gültigkeit der

---

6) Vgl. Motive zu dem, von der Deputation vorgelegten Entwurf des Wechselrechts S. 27., wo es heißt:

„Über die Rechtsgültigkeit der, an eigene Order trassirten Wechsel sind schon früher verschiedene Ansichten ausgesprochen. Das A. L. R. kennt zwar Tratten an eigene Order nicht ausdrücklich. Daraus folgt aber auch nicht deren absolute Ungültigkeit nach demselben, wenn sie sonst nur die gesetzlichen Erfordernisse gezogener Wechsel enthalten. Die Meinung, daß sie nach dem A. L. R. ungültig seien, stützt sich auf die Vorschriften §. 1132. u. flgd. (Tit. 8. Th. II.), aus welchen hervorgehe, daß der Aussteller einen gezogenen Wechsel unter wechselmäßiger Verpflichtung des Acceptanten nicht an sich bringen, und nicht aus dem Wechsel im Wechselprocesse, sondern nur in Gemäßheit des §. 1134. u. flgd. aus der gegebenen Deckung im ordinairen Proceß Ansprüche machen könne. Hieraus folgt indeß eigentlich nur so viel, daß jeder Wechselnexus zwischen dem Trassanten und Trassaten bei solchen Wechseln gleichfalls fortfällt, da das A. L. R. solches allgemein ausspricht, nicht aber, daß, wenn der Wechsel aus den Händen des Trassanten herausgegangen ist, zwischen dem dritten Inhaber und den sonstigen Wechselverpflichteten kein Wechselnexus entstehe. Der kaufmännische Verkehr bringt es mit sich, daß der Trassant gar oft bei Ausstellung einer Tratte und deren Versendung an fremde Orte, deren Abnehmer noch nicht kennt, und daher auch den Namen des Abnehmers noch nicht einrücken kann, demnach aber, um Zeit zu ersparen, es vorzieht, den Wechsel an seine Order zu stellen, und den Abnehmer erst durch das, auf ihn zu richtende Indossament zu bezeichnen, indem er den Wechsel mit einem Indossament in blanco versieht, und so denselben an den dritten Ort zur eventuellen Ausfüllung auf den, dort

Wechsel an eigene Order, da solches zeither noch nicht geschehen, in dem A. L. R. ausdrücklich auszusprechen, und das Motiv dazu aus dem Bedürfniß entnommen, weil es dem Gewerbtreibenden gar zu oft erforderlich sei, durch Aufsuchung eines Acceptanten sich zuvor in den Besitz eines guten und Zutrauen erweckenden Papiers zu setzen, bevor es ihm gelingen könne, durch weiteres Indosso, einen Käufer zu einem solchen Papiere zu finden. Dieser Zweck würde aber schlechthin nicht zu erreichen sein, wenn das Accept, um Wirkung zu erlangen, dem Indosso stets vorangehen müßte. Auch ist nach dem A. L. R. Th. II. Tit. 8. §§. 994. 1002. 1003. der Vermerk des Datums bei der Acceptation nicht wesentlich nothwendig, es würde mithin einem Wechsel, welcher ein Accept und mehrere Giro enthält, oft nicht anzusehen sein, ob das Accept diesen Giro vorangegangen sei, oder nicht; und doch könnte nur die Kenntniß hiervon einem spätern Erwerber des Wechsels, oder beziehungsweise der Anweisung, Gewißheit verschaffen, ob er bei dieser Erwerbung Gefahr laufe oder nicht. Es würde in dem angenommenen Falle ein verschiedenes Verhältniß entstehen zwischen dem Acceptanten und denjenigen Giranten, welche v o r, und denen, welche n a ch dem Accept girirten; der Chicane und dem Betruge würde Thor und Thür eröffnet sein. Alles dies führt unabweislich dahin, daß das

---

erst aufzufindenden Wechselnehmer versendet. Auch ist es häufig dem Aussteller an seinem eigenen Wohnplatze erst dann möglich, einen Abnehmer des Wechsels zu finden, wenn derselbe zuvor acceptirt ist, und somit stellt er ihn auch aus diesem Grunde oftmals auf eigene Order, um zuvörderst den Wechsel zur Acceptation versenden zu können, ehe er ihn verhandelt. Diese Tratten an eigene Order sind daher, wie die hiesige Kaufmannschaft sehr richtig sagt, nicht nur sehr nützlich, sondern im kaufmännischen Verkehr selbst unentbehrlich.“ D. H.

Accept den Acceptanten verpflichten müsse, es mögen die an eigene Order gestellten Wechsel oder Anweisungen zur Zeit des Accepts bereits girirt sein oder nicht.

Wegen der, in beiden Beziehungen von dem Appellationsrichter begangenen Verletzung von Rechtsgrundsätzen war das Appellations-Urtel zu vernichten. In der Hauptsache mußte nichtsdestoweniger das erste abweisende Urtel, auf die, von dem Kläger dagegen eingelegte Appellation, lediglich bestätigt werden. Denn wenn gleich auf den Einwand des Verklagten, daß zur Zeit des Accepts der Wechsel noch nicht mit dem Giro auf den Kläger versehen gewesen, und er um deshalb aus diesem Accept nicht verpflichtet sei, aus den eben angeführten Gründen kein Gewicht gelegt werden kann, die Vorschrift des A. L. R. Th. I. Tit. 16. §. 259. vielmehr hier an und für sich wohl Anwendung finden müßte, so tritt doch dem Kläger entscheidend entgegen, daß T. nach der Behauptung des Verklagten das Geschäft nur im Auftrage des Klägers gemacht hat.

Die Art und Weise, wie dasselbe zwischen dem Verklagten und dem T. zu Stande gekommen ist, steht durch den Inhalt des, gleichzeitig mit dem Accept, am 12. April 1836, von dem T. ausgestellten Notariats-Instrumentes fest. Danach ist so viel gewiß, daß — auch abgesehen von dem, Seitens des Verklagten dem T. zur Last gelegten betrüglichen Verfahren, wodurch Ersterer zur Eingehung des Geschäfts verleitet sein will — T. selbst, jetzt nach Ablauf der Verfallzeit, kein Klagerecht aus dem Geschäft gegen den Verklagten haben würde, da er sich anheischig gemacht hat, den Wechsel noch vor der Verfallzeit wieder einzulösen, und dies von ihm nicht bewirkt ist. Hierdurch wird aber jener, von dem Verklagten dem Kläger entgegen gestellte Einwand, daß T. nur im Namen und Auftrage des Letzteren das Ge-

schäft abgeschlossen habe, erheblich, weil, wenn dies gegründet ist, der Kläger und T. nur Eine Person ausmachen. Es hat nun auch der Kläger zugestanden, daß er selbst drei von den, durch T. dem Verklagten verpfändeten Lebensversicherungs-Polizen, zusammen über 3000 Thlr., dem T. zu dem Ende übergeben habe, um sie in Memel unterzubringen. Dieser Umstand reicht vollkommen hin, um den Kläger für das, mit dem Verklagten abgeschlossene Geschäft als den Machtgeber des T. anzusehen. Ob der Kläger gerade dies Geschäft dem T. aufgetragen, und dazu denselben mit schriftlicher Vollmacht versehen hat, darauf kommt es hier, wo nicht gegen ihn geklagt wird, nicht gerade an. Es kann aber der Machtgeber für seine Person nicht aus einem, durch seinen Bevollmächtigten abgeschlossenen Geschäfte Erfüllung fordern, wenn dies der, zwischen dem Beauftragten und dem Dritten bestehenden Verabredung widerspricht. Auch der Umstand, daß T. mit jenen dreien, dem Kläger zugehörigen Polizen zugleich noch zwei andere verpfändet hat, macht dabei keinen Unterschied, da das zwischen T. und dem Verklagten abgeschlossene Geschäft sich nicht spalten läßt. Dadurch aber, daß T. den, an eigene Order auf den Verklagten gezogenen, von diesem acceptirten Wechsel, statt an einen, bei dem Geschäft nicht betheiligten Dritten, vielmehr an seinen eigenen Machtgeber girirt hat, welchem eben so wenig wie ihm selbst ein Klagerecht daraus zusteht, hat er die Verwirklichung des, von ihm beabsichtigten Geschäfts vereitelt, und damit ist zugleich die Anwendung des, dem Verklagten sonst entgegenstehenden §. 259. a. a. O. ausgeschlossen.

Muß schon aus diesem Grunde der Anspruch des Klägers zurückgewiesen werden, so kommt es auf die, von dem Verklagten vorgetragenen Umstände, aus denen er eine betrüg-

liche Verleitung zur Eingehung des Geschäfts gefolgert wissen will, nicht weiter an.

Nach denselben Grundsätzen ist auch am 23 Juli 1838, mit Vernichtung des Urtels des zweiten Senats des Oberlandesgerichts zu Frankfurt, in Sachen Heymann wider Schwarzenberger, und am 1. September des gedachten Jahres, mit Vernichtung des Urtels derselben Behörde, in Sachen Salomon Hirsch wider Schwarzenberger, erkannt worden.

№ 29.

Nichtigkeitsbeschwerde. Justizcommissarius. Unterschrift. Städtische Deputation. Städtische Commission. Behörde.

Städtische Deputationen und Commissionen, welche zur Verwaltung einzelner Geschäftszweige des Gemeinwesens aus Mitgliedern des Magistrats und der Bürgerschaft gebildet sind, gehören zu den öffentlichen Behörden, und sind daher befugt, Nichtigkeitsbeschwerden ohne Zuziehung eines Justizcommissarius einzureichen.

Ordnung für sämmtliche Städte der Preußischen Monarchie vom 19. November 1808. §§. 175. 179.; vgl. §§. 13. 47. 169. 174. 176. 180. 185. 127. 133.; Gesetzsammlung 1806—1810. S. 324. u. flgd.

Vgl. Anhang zur A. G. O. §§. 46. 47.

Revidirte Städte-Ordnung für die Preußische Monarchie vom 17. März 1831. §. 107.; Gesetzsammlung S. 25.

Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde, vom 14. December 1833. §. 11.; Gesetzsammlung S. 305.

Declaration der vorgedachten Verordnung, vom 6. April 1839. Art. 7.; Gesetzsammlung S. 129.

Instruction zur Ausführung der erwähnten Verordnung, vom 7. April 1839. № 28.; Gesetzsammlung S. 144.

Die Frage:

ob städtische Deputationen und Commissionen, welche aus Mitgliedern des Magistrats und der Bürgerschaft bestehen, und denen ein Theil der städtischen Administration oder die Verwaltung einer milden Stiftung übertragen ist, als solche öffentliche Behörden anzusehen sind, bei deren Nichtigkeitsbeschwerden es der Mitunterschrift eines Justizcommissarius nicht bedarf?

ist von dem zweiten und dritten Senate des Geheimen Ober-Tribunals verschieden beantwortet worden.

Der dritte Senat hat in der Sache der Johannis-Kloster-Deputation zu Stettin wider die Geschwister Langkavel zufolge Beschlusses vom 5. Januar 1839 die, durch einen Justizcommissarius nicht mit vollzogene Nichtigkeitsbeschwerde der klagenden Deputation als gehörig angebracht angenommen, weil die Deputation eine öffentliche Behörde sei.

Der zweite Senat dagegen hat in der Sache derselben Deputation gegen das Marien-Stift zu Stettin der Meinung den Vorzug gegeben, welche erstgedachte Behörde für eine Privatpartei ansah, und, unter Zurückweisung der Beschwerde als einer nicht gehörig angebrachten, in seinen Entscheidungsgründen sich dahin ausgesprochen:

Man müsse annehmen, daß die klagende Deputation eine derjenigen städtischen Deputationen und Commissionen sei, die aus Mitgliedern des Magistrats und der Bürgerschaft bestehen, und denen die Verwaltung eines Theils des städtischen Gemeinwesens obliege; Städte-Ordnung vom 19. November 1808. §§. 175. 179. Als solche könne sie aber für eine öffentliche Behörde nicht gelten. Denn ihr sei nur ein einzelner Verwaltungszweig unter Aufsicht des Magistrats übertragen; dieser sei es, der die Stadtgemeine nach außen hin vertrete, und dessen Bestätigung selbst eine, von den Stadtverordneten ausgestellte Special-Vollmacht unterliege.

Die hiernach verschieden ausgefallenen Entscheidungen zweier Senate des Geheimen Ober-Tribunals bei gleichen thatsächlichen Voraussetzungen, machten verfassungsmäßig einen Plenar-Beschluß nothwendig, welcher in der Sitzung vom 27. Mai 1839 dahin gefaßt worden ist:

daß städtische Deputationen und Commissionen, wie sie der §. 179. der Städte-Ordnung vom 19. November 1808 und der §. 107. der revidirten Städte-Ordnung vom 17. März 1831 bezeichnet, als öffentliche Behörden anzusehen sind, bei deren Nichtigkeitsbeschwerden es der Zuziehung eines Justizcommissars nicht bedarf.

Dieser Beschluß beruht auf folgenden

Gründen:

Der Entscheidungsgrund, aus welchem der zweite Se-

nat die in Rede stehende Frage verneint, beruht vornehmlich auf den Vorschriften der §§. 46. 47. des Anhanges zur A. G. O., in Verbindung mit dem §. 133. der Städte-Ordnung vom 19. November 1808.

In diesen Vorschriften ist bestimmt:

daß die Stadtgemeinen durch die Magisträte vertreten werden, und

daß in Fällen, wo die Bevollmächtigten der Stadtverordneten nach den Gesetzen einer Special-Vollmacht von der Stadtverordneten-Versammlung bedürfen, ein, von dem Vorsteher und sechs Mitgliedern vollzogenes und von dem Magistrate des Ortes bestätigtes Zeugniß:

daß die Ermächtigung der Bevollmächtigten auf einem gesetzlich abgefaßten Beschlusse der Stadtverordneten-Versammlung beruhe,

die Stelle der Vollmacht vertreten solle.

Hieraus wird gefolgert, daß nur der Magistrat in seiner Gesammtheit als öffentliche Behörde die städtischen Angelegenheiten vor Gericht vertreten könne.

Dieser Grund kann indeß nicht für erschöpfend gelten. Denn wird angenommen, daß überhaupt nur der Magistrat als solcher in seiner Gesammtheit das Interesse der Stadtgemeine in jeder einzelnen Angelegenheit, sie sei welche sie wolle, vertreten könne: so darf eine einzelne Deputation desselben alsdann folgerecht überall nicht mit einer Klage zugelassen werden; und die Nichtigkeitsbeschwerde einer solchen Deputation, welcher die Mitunterschrift eines Justizcommissars fehlte, würde nicht sowohl deshalb zurückzuweisen sein, weil sie formell mangelhaft, als vielmehr, weil sie überhaupt von einer ungeeigneten Behörde an-

gebracht ist, welcher keine Vertretung der Rechte zusteht, die sie wahrnehmen will.

Es wird nun zwar noch auf das Verhältniß der Stadtverordneten-Versammlung zu dem Magistrate Gewicht gelegt; allein aus diesem Verhältniß, welches von dem, hier in Rede stehenden einer Deputation des Magistrats zu dem letzteren ganz verschieden ist, kann über die Eigenschaft einer solchen Deputation nichts gefolgert werden.

Die Stadtverordneten-Versammlung bildet eine, neben den Magistrat gestellte Behörde zur Controle der Gemeineverwaltung, und kann nach §. 127. der Städte-Ordnung vom 19. November 1808 keinen gefaßten Beschluß mit öffentlicher Autorität selbst zur Ausführung bringen, wozu allein der Magistrat befugt ist.

Die Deputationen und Commissionen des Magistrats dagegen bearbeiten die, ihnen speciell überwiesenen Geschäfte (§. 179. a. a. O.) selbstständig (§. 175. ebend.), dürfen wieder einzelne Commissarien ernennen (§. 180. ebend.), und sind für den Geschäftsbetrieb zunächst verantwortlich; der Magistrat aber haftet nur, wie das Gesetz sagt, „als Controleur derselben subsidiarisch" (§. 185. ebend.). Die Deputationen und Commissionen sind also nicht neben dem Magistrat stehende, sondern aus ihm gebildete, und, seine Oberaufsicht ausgenommen, auch selbstständig ausführende Behörden, in einem ähnlichen Verhältnisse, wie die Magisträte selbst wiederum der Oberaufsicht der Staatsbehörden unterliegen.

Hiermit stimmen auch die Vorschriften des §. 107. der revidirten Städte-Ordnung vom 17. März 1831 im Wesentlichen überein.

Bei so ganz verschiedenen Verhältnissen kann dasjenige, was über die Befugnisse der Stadtverordneten-Ver-

sammlungen angeführt ist, hinsichts der Deputationen und Commissionen der Magisträte selbstredend nicht maaßgebend sein. Wären freilich die Magisträte selbst nicht als öffentliche Behörden, sondern als bloße Privatparteien anzusehen, so würde ein Anderes auch von ihren Deputationen und Commissionen nicht gelten dürfen. Darüber aber, daß Magisträte, als solche, keine Privatparteien sind, hat das Geheime Ober-Tribunal sich bereits entschieden.

Es folgt dies auch unmittelbar aus der Bestimmung des §. 47. der Städte-Ordnung vom 19. November 1808. Denn hier werden die städtischen Ämter ausdrücklich öffentliche genannt; es muß daher auch die Behörde, in der die Wirksamkeit solcher Ämter sich concentrirt, eine öffentliche sein, und, wo sie Angelegenheiten des Vermögens der Stadtgemeine wahrnimmt, das als solches der Erreichung gemeinsamer und öffentlicher Zwecke gewidmet ist, kann man sie nicht als eine Privatpartei betrachten.

Es soll nun zwar in dem Magistrat, als Vorgesetzten der ganzen Stadt (§§. 13. und 47. a. a. O.), die Geschäftsführung in allen, das Gemeinwesen betreffenden Angelegenheiten zur Begründung der erforderlichen Einheit sich concentriren (§. 169. ebend.); gleichwohl ist der Bürgerschaft zur Beförderung einer lebendigen Theilnahme an jenen Angelegenheiten die kräftigste Mitwirkung dabei zugestanden (ebend.), und dem Magistrat ohne unmittelbare Theilnahme von Bürgern nur die allgemeine Leitung der ganzen Verwaltung des Gemeinwesens und diejenigen speciellen Geschäftszweige überlassen, wobei es nicht auf eigene Administration oder fortwährende Local-Aufsicht, sondern hauptsächlich auf Gesetzes- und Verfassungskunde ankommt (§. 174. a. a. O.). Alle Angelegenheiten dagegen, womit eine Administration verbunden ist, oder die wenigstens an-

haltende Aufsicht und Controle oder Mitwirkung an Ort und Stelle bedürfen, werden durch Deputationen und Commissionen besorgt, bei denen die größere Zahl der Mitglieder der Bürgerschaft angehören muß (§. 175. ebend.). Bei den Angelegenheiten dieser Art ist also der Magistrat gerade in seiner Eigenschaft als ausführende Behörde an die Mitwirkung der Bürgerschaft gebunden. Wenn daher auch die Organisation solcher Deputationen und Kommissionen durch den Magistrat geschieht, und dieser die, von der Stadtverordneten-Versammlung aus der Bürgerschaft gewählten Mitglieder derselben bestätigt (§. 175.), auch die darin sitzende älteste oder alleinige Magistratsperson den Vorsitz führt, und, bei Gleichheit der Stimmen, den Ausschlag bei der Entscheidung giebt (§. 176.): so ist doch eine solche Specialbehörde, wenn sie einmal förmlich organisirt worden, im Sinne des §. 174. als organischer Bestandtheil des Magistrats anzusehen, und nach der eben angeführten Gesetzstelle auch nur sie zur Wahrnehmung der ihr überwiesenen Angelegenheiten und alles dessen, was darauf Bezug hat, ermächtigt. Daher ist denn auch diese Specialbehörde in den Rechtsangelegenheiten ihres Ressorts als Vertreterin des Gemeinwesens zunächst zuzulassen, nicht der Magistrat, weil dieser, nach dem mehr gedachten §. 174., außer der allgemeinen Leitung der ganzen Verwaltung, nur diejenigen speciellen Geschäftszweige allein abzumachen hat, bei denen es hauptsächlich auf Gesetzes- und Verfassungskunde ankömmt.

Gehören nun nach allem diesen die Gegenstände, welche den Deputationen und Commissionen überwiesen sind, unzweifelhaft zur Verwaltung des Gemeinwesens, zu öffentlichen Angelegenheiten; werden dieselben von einem organischen Bestandtheile einer öffentlichen Behörde, des Ma-

gistrats, verwaltet, können sie nach den bestehenden Vorschriften auch eben nur in dieser Weise verwaltet werden; und ist daher eine solche Deputation oder Commission vor Gericht mit ihren Ansprüchen zuzulassen: so darf sie dabei auch nicht als Privatpartei, sondern nur als öffentliche Behörde angesehen werden.

№ 30.

Verzugszinsen. Verjährung.

Verzugszinsen sind der zehnjährigen Verjährung nicht unterworfen [1]).

1) A. Für die, jetzt auch von dem Plenum des Königl. Geheimen Ober-Tribunals angenommene, schon früher in Erkenntnissen dieses Gerichtshofes,

vgl. unsere Rechtssprüche Bd. I. S. 147—150.,

festgehaltene Meinung erklären sich:

I. (Siewert), Materialien zur wissenschaftlichen Erklärung der Preuß. Landesgesetze. Heft VII. (1806) S. 101.

II. Von Rönne, System des Preuß. Civilrechts von Klein. Bd. I. Ausg. 1. (1830) S. 341. Note 1). [Ausg. 2. (1835) S. 320. Note 1).]

III. Motive zu dem, von der Deputation vorgelegten Entwurf der Tit. 11. u. 13. Th. I. des A. L. R. (1830) S. 157—159.

IV. Von und zur Mühlen, über die Verjährung der Zinsen, in unserer Zeitschrift Bd. I. (1830) S. 353—357.

V. Koch, das Recht der Forderungen Bd. I. (1836) S. 126—130.

B. Die entgegengesetzte Ansicht nehmen an:

I. Das Kammergericht in den Erkenntnissen vom 10. Juli. und 14. September 1811; Mathis, juristische Monatsschrift Bd. XI. (1811) S. 118. Vgl. Bornemann, system. Darstellung des Preuß. Civilrechts Bd. III. S. 320. Note ***).

A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 849.; vgl. §§. 850. 851. a. a. O.

Die Ehefrau des Bauern Stieff, Catharine geb. Höpfner, hatte im Jahre 1808 bei ihrer erreichten Großjährigkeit ihr, im gerichtlichen Depositum befindliches Vermögen ausgeantwortet erhalten. Ihr Vormund, der Gerichtsscholz Franz Joseph Flegel, erklärte sich dabei in der Schlußverhandlung vom 31. Mai des gedachten Jahres bereit, einen Kassenbestand von 60 Thlrn. 20 Sgrn. 1 Pf., welchen er noch zu vertreten habe, zu berichtigen. Die verehelichte Stieff behauptete nun später, daß die Zahlung dieses Bestandes nicht erfolgt sei, und klagte am 11. November 1837 denselben, jedoch nur auf Höhe von 48 Thlrn. 20 Sgrn. 1 Pf. nebst Verzugszinsen zu fünf Prozent seit dem 31. Mai 1808 gegen den Sohn und Er-

II. Merckel, Commentar zum A. L. R. 2. Ausg. (1812) Th. I. S. 899. (zu §. 849. Tit. 11. Th. I.)

III. Grävell, Commentar zu den Credit-Gesetzen Bd. III. (1817) S. 156. Note *).

IV. Das Justiz-Ministerial-Rescript vom 1. Mai 1820 (Jahrbücher Bd. XV. S. 243.).

V. Bielitz, Commentar zum A. L. R. Bd. II. (1824) S. 699. № 1.

VI. Die, in unseren Rechtssprüchen Bd. I. (1828) S. 147—150. aufgeführten Gerichtshöfe.

VII. Temme, Handbuch des Preuß. Civilrechts (1832) S. 207. 208.

VIII. Juristische Zeitung, Jahrg. 1833. S. 635—638.

IX. Bornemann, a. a. O. Bd. III. (1835) S. 320—324. und

X. Plathner, ältere als zehnjährige Rückstände von Verzugszinsen können nicht gefordert werden; juristische Wochenschrift, Jahrgang 1838. S. 442—447. D. H.

den ihres gewesenen Vormunds, den Scholtiseibesitzer und Gerichtsscholzen Joseph Flegel, ein.

Der Verklagte machte den Einwand der, schon durch seinen Vater geschehenen Zahlung, und schob der Klägerin darüber den Eid zu, welchen sie über den Nichtempfang abgeleistet hat. Was die geforderten Verzugszinsen betrifft, so hielt der Verklagte solche größtentheils für verjährt.

Das Land- und Stadtgericht zu Landeshut verurtheilte durch das Erkenntniß vom 29. Mai 1838 den Verklagten zur Zahlung der eingeklagten Summe nebst Verzugszinsen zu fünf Prozent seit dem 11. November 1827, und wies die Klägerin mit den, über zehn Jahre geforderten Zinsen ab.

In Absicht der Zinsen ward die Entscheidung auf den §. 849. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. gegründet, den das Gericht dahin auslegte, daß auch Verzögerungszinsen der zehnjährigen Verjährung unterworfen seien.

Hiergegen ist von der Klägerin die Nichtigkeitsbeschwerde angebracht, und die Verletzung des §. 849. a. a. O. behauptet worden.

Der dritte Senat des Geheimen Ober-Tribunals hielt die Beschwerde für unbegründet, indem derselbe der Meinung des Land- und Stadtgerichts zu Landeshut in Bezug auf die Verjährung der Verzögerungszinsen beitrat.

Da jedoch das Collegium in früheren Entscheidungen das Gegentheil angenommen hatte, so ward die Frage:

> ob der §. 849. a. a. O. auch auf Verzugszinsen anwendbar sei?

zur Berathung des Plenums verwiesen. Dieses hat sich durch den Beschluß vom 11. März 1839, übereinstimmend mit der frühern Ansicht, für die verneinende Beantwortung der Frage entschieden, und angenommen,

daß die Verzugszinsen der zehnjährigen Verjährung des §. 849. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. nicht unterworfen seien.

Gründe.

Die entgegengesetzte Meinung — mithin die Anwendbarkeit des §. 849. a. a. O. auf Verzugszinsen — wird in folgender Art vertheidigt:

Vor allen Dingen muß auf die Allgemeinheit des Ausdrucks im §. 849. a. a. O. aufmerksam gemacht werden. Nachdem in den §§. 803—826. ebend. von Zinsen überhaupt und insbesondere von vorbedungenen Zinsen unter dem Marginal: „Von Zinsen" gehandelt worden, geht der §. 827. unter dem Marginal: „Von Zögerungszinsen" auf diese über. Hierauf folgen von §§. 835—852. die Vorschriften wegen Bezahlung der Zinsen. In diesem Abschnitte werden an sieben Stellen vorbedungene Zinsen und Zögerungszinsen ausdrücklich von einander geschieden.

So heißt es im

§. 835. „Sowohl vorbedungene, als Zögerungszinsen müssen in der Münzsorte des Capitals entrichtet werden."

§. 843. „Ist über das Capital selbst ohne Vorbehalt quittirt worden, so sind die vorbedungenen Zinsen für bezahlt oder erlassen zu achten"

Im Gegensatz zu dieser Bestimmung verordnet der folgende

§. 844. „Dagegen folgt aus einer, ohne Vorbehalt ausgestellten Quittung über das Capital so wenig, als aus der Rückgabe des Schuldscheins, die erfolgte Zahlung oder Erlassung der, von dem Richter zuerkannten Verzugszinsen."

Ferner heißt es im

§. 845. „Verzugszinsen, auf welche der Richter

nicht erkannt hat, können auch von dem Tage des ergangenen Urtels an nicht nachgefordert werden, sobald über das Capital ohne Vorbehalt quittirt worden."

§. 846. „Ein Gleiches findet statt, wenn vorbedungene Zinsen zwar gefordert, aber von dem Richter übergangen worden, und der Gläubiger sich bei dem Erkenntnisse beruhigt hat."

§. 847. „Hat aber der Gläubiger die vorbedungenen Zinsen nicht mit eingeklagt, so können dieselben, so lange noch nicht ohne Vorbehalt über das Capital quittirt ist, nachgefordert werden."

§. 848. „Hat der Richter geforderte Verzugszinsen im Urtel übergangen, so hat dieses eben die Wirkung, als wenn er sie aberkannt hätte."

Nun folgt der bestrittene, von Zinsen ohne Unterschied handelnde §. 849. a. a. O.:

„Wer die gerichtliche Einklagung rückständig verbleibender Zinsen länger als zehn Jahre verabsäumt, der kann einen, über zehn Jahre hinausgehenden Rückstand nicht ferner verlangen."

Hätte der Gesetzgeber hier zwischen vorbedungenen und Verzögerungszinsen einen Unterschied machen, und nur jene der zehnjährigen Verjährung unterwerfen wollen; so lag es doch gewiß sehr nahe, diesen Unterschied durch das, hinter den Worten „rückständig verbleibender" einzuschiebende Wort „vorbedungener" auszudrücken. Es lag um so näher, als in den vorhin angeführten vorhergehenden §§. vorbedungene Zinsen von Verzögerungszinsen so sorgfältig unterschieden werden, und noch in dem, unmittelbar vorhergehenden §. 848. nur von Verzugszinsen die Rede ist.

Es bedarf sehr durchgreifender Gründe, um von der Regel, daß da, wo das Gesetz nicht unterscheidet, auch dem

Richter nicht erlaubt sei zu unterscheiden, in dem vorliegenden Falle abzugehen, und die Bestimmung des §. 849., welcher von Zinsen überhaupt spricht, auf vorbedungene Zinsen zu beschränken.

Eine solche Beschränkung dürfte um so weniger anzunehmen sein, als sich der Gesetzgeber von der Abneigung gegen die Zinsen, welche sich in dem frühern Recht so mannigfaltig ausspricht, nicht ganz hat freimachen können, dabei aber die Verzögerungszinsen offenbar noch weniger als die vorbedungenen Zinsen hat begünstigen wollen.

Die Meinung, die zu einer solchen Unterscheidung oder vielmehr zu der Annahme, daß bei der Festsetzung des §. 849. an Verzögerungszinsen gar nicht habe gedacht werden können, geführt hat, wird nun folgendermaaßen motivirt:

1. Verzugszinsen seien von ganz anderer Natur, als vorbedungene Zinsen; sie seien nur der Ersatz des Interesse oder Schadens, der dem einen Theil durch die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit des andern Theils verursacht worden. Nirgends sei bestimmt, daß der Ersatz dieses Interesse auf einen zehnjährigen Zeitraum beschränkt sein solle.

2. Das Gesetz spreche von rückständig verbliebenen Zinsen; dieses setze einen Verfalltag voraus, der wohl bei vorbedungenen, nicht aber bei Verzugszinsen eintrete.

Beide Gründe können nicht für geeignet gehalten werden, die angenommene Meinung zu rechtfertigen.

Zu 1. ist es keinesweges als ein unterscheidendes Merkmal der Verzugszinsen anzusehen, daß sie den Ersatz des Interesse oder Schadens darstellen, der dem einen Theil durch die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit des andern Theils verursacht worden. Auch bei vorbedungenen Zinsen ist von dem Ersatz des Interesse — zwar nicht wegen Nicht-

erfüllung einer Verbindlichkeit, wohl aber wegen entbehrter Benutzung eines Capitals — die Rede. Daher nennt man Zinsen — sie mögen vorbedungene oder Verzugszinsen sein — im gewöhnlichen Verkehr auch Interessen. Der §. 803. a. a. O. bestimmt ganz allgemein:

„Zinsen heißt bei Darlehnen alles das, was der Schuldner dem Gläubiger für den Gebrauch des geliehenen Geldes entrichten muß,"

und der Unterschied zwischen vorbedungenen und Verzugszinsen besteht also nicht darin, daß durch die einen ein Ersatz für den Gebrauch des geliehenen Geldes geleistet wird, durch die andern nicht, sondern darin, daß bei den vorbedungenen Zinsen die Verbindlichkeit zu diesem Ersatz auf einem Vertrage, bei den Verzugszinsen dagegen auf dem Gesetze beruht. Hierin allein kann kein Grund liegen, für die Verfolgung des Rechts auf diesen Ersatz einen verschiedenen Zeitraum zu bestimmen, je nachdem vorbedungene oder Verzugszinsen gefordert werden. Dem sei jedoch, wie ihm wolle, so hat einmal das Gesetz dasjenige, was der Schuldner wegen seines Verzuges an Ersatz zu leisten hat, unter die Kategorie von Zinsen gestellt, und alles, was von den Zinsen überhaupt gilt, muß also auch bei den Verzögerungszinsen zur Anwendung kommen.

Ganz verschieden von diesen Zinsen ist derjenige Ersatz, welchen der Gläubiger statt der Zögerungszinsen nach §. 834. a. a. O. in dem Falle fordern kann, wenn der Schuldner bei vorhandenen hinlänglichen Zahlungsmitteln aus Vorsatz oder grobem Versehen die Zahlung verzögert hat. In diesem Falle ist von der zehnjährigen Verjährung nicht die Rede.

Das Gesetz wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen vom 31. März 1838 (Gesetzsammlung S. 250.)

hat zwar im §. 2. unter № 5. die neue Verjährungsfrist von vier Jahren auf die Rückstände an vorbedungenen Zinsen beschränkt; hieraus folgt aber für die Auslegung des §. 849. a. a. O. nichts, vielmehr muß angenommen werden, daß es dieser ausdrücklichen Beschränkung bedurft habe, damit die eingeführte kurze Verjährung nicht auch auf Verzugszinsen ausgedehnt werde, in Absicht deren es also bei der Bestimmung des Landrechts verbleibt.

Zu 2. kann es gänzlich dahin gestellt bleiben, ob sich bei den Verzugszinsen ein bestimmter Verfalltag annehmen läßt. Für die Regel mag die verneinende Beantwortung der Frage die richtige sein, obgleich nicht einzusehen ist, warum man nicht jeden Tag des fortdauernden Verzuges als den Verfalltag der Zögerungszinsen betrachten, und den Gläubiger für befugt halten könnte, sie besonders einzuklagen. Eine Ausnahme von der Regel machen jedenfalls die Verzugszinsen beim Moratorium. Hier bestimmen die Gesetze ausdrücklich einen Verfalltag. Es heißt nämlich im §. 38. Tit. 47. Th. I. der A. G. O.:

„Auch wenn die Schuld ursprünglich nicht zinsbar gewesen ist, muß dennoch der Schuldner die Verzögerungszinsen von dem gesetzlich bestimmten Termine an, durch die ganze Moratorienzeit, vierteljährig entrichten."

In diesem Falle würde also auch der, für die Ausschließung des §. 849. a. a. O. des A. L. R. aufgestellte Grund, daß nämlich kein Verfalltag der Zögerungszinsen in dem Gesetze bestimmt sei, nicht passen.

Auch hat es kein Bedenken, daß Zögerungszinsen, auf welche erkannt worden, an dem Tage zu zahlen sind, welchen das Erkenntniß zur Zahlung des Capitals nebst der Zinsen bestimmt hat.

Es wird indessen auf den angeblich fehlenden Ver-

fälltag ein viel zu großes Gewicht gelegt. Das Gesetz supponirt nichts weiter, als daß die Zinsen rückständig verblieben sind. Nun sind doch Verzugszinsen, die in zehn Jahren nicht gefordert sind, zuverlässig eben so gut rückständig verblieben, als vorbedungene Zinsen, die in dieser Zeit nicht gefordert worden. Sie sind rückständig verblieben, d. h. der Gläubiger hat sie weder mit dem schuldigen Capital, noch ohne dasselbe eingeklagt. Dies ist hinreichend, um den §. 849. auf selbige anzuwenden.

Die landrechtliche Zinsenverjährung ist unstreitig das Surrogat der Bestimmung des Römischen Rechts, nach welcher Zinsen nicht über die Summe des Capitals gefordert werden können, eine Bestimmung, welche der §. 851. a. a. O. aufgehoben hat. Man fand den Grund der Beschränkung der Zinsforderungen weniger in der Anschwellung des Zinsenquantums, als in der Nachlässigkeit des Gläubigers, wodurch dieses Anschwellen verursacht worden. Nun trat aber das Römische Verbot der Zinsen ultra alterum tantum bei Verzögerungszinsen eben so gut, wie bei vorbedungenen ein [2]);

Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. XXI. S. 115.

Hymmen, Beiträge, Sammlung V. S. 129 [3]).

Das

2) Vgl. L. unic. Cod. de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur (VII, 47.). D. H.

3) Hier wird bemerkt:

„Usurae ultra alterum tantum sind überhaupt in den gemeinen und Landesrechten verboten; L. 9. pr. D. de usur. et fr.; Nov. 121. cap. 1; Concurs- und Hypotheken-Ordnung §. 22.; und die Ausnahme, welche Einige vom debitore moroso, quum mora nemini prodesse debeat, machen, ist ohne Grund."

Vgl. auch noch die bei Glück a. a. O. allegirten Schriftsteller:
I. *Mevius*, Decisiones Part. VII. Decis. 2., wo es heißt:

Das Surrogat, die zehnjährige Verjährung, muß daher auch auf beiderlei Art von Zinsen bezogen werden.

Suarez äußert sich in den amtlichen Vorträgen S. 23. darüber folgendermaaßen:

„Der Streit, in wiefern usurae ultra alterum tantum[4]) gefordert werden können, ist bekannt. Hier ist derselbe dahin entschieden, daß zwar, wie es die Praxis in hiesigen Landen bisher gewesen ist, diese Frage in der Regel affirmative zu beantworten; daß aber eine billige Ausnahme hiervon statt finde, wenn der Creditor durch seine eigne Nachlässigkeit das Anschwellen der Zinsen verursacht hat."

Wie sollte es nun wohl in der Absicht gelegen haben,

„Nota est juris communis providentia, quod usurae ultra alterum tantum exigi non debeant. Ut variis exceptionibus ingeniosa avaritia voluit eam restrictam, ita etiam traditum a nonnullis, non pertinere istud axioma ad eam usurae speciem, quae non proprie ut usura, sed saltem ut interesse petitur. Pro hoc sunt usurae, quae non ex stipulatione, sed ex mora veniunt. Ubi itaque per tantum temporis debitor fuit morosus, ut quo caruit transcenderet duplum usurae, eum ultra condemnandum esse existimatur. At non apparet sufficiens diversitatis ratio, cur amplius usurarum nomine ex mora loco interesse praestari debeat, atque cum ex stipulatione debentur. Praeterea jure sic expressim constitutum est, ut in iis casibus, qui certam quantitatem habent, illud, quod communiter interest, alterum tantum seu duplum egredi non debeat; quanto minus, ubi usura in locum ejus surrogatur."

II. *Wernher*, Select. observ. for. Tom. I. Part. III. Obs. I. [Usurae per modum interesse ultra alterum tantum exigi non possunt.] D. H.

4) Sowohl in dem besonderen Abdruck der amtlichen Vorträge, als in dem, in den Jahrbüchern Bd. XLI. enthaltenen steht S. 23.: „usurae usurarum" statt „usurae ultra alterum tantum;" Ersteres ist jedoch ein bloßer Druckfehler, wie das Manuscript ergiebt.

D. H.

das Anschwellen der **vorbedungenen Zinsen** zu verhindern, den **Verzögerungszinsen** dagegen, die auf den gesetzlichen Schutz weit weniger Anspruch haben, so lange das Capital nicht gezahlt ist, bis an das Ende der dreißigjährigen Verjährungsfrist ungehinderten Lauf zu lassen?

Zu welchen Härten dieses führen würde, zeigt sich besonders in dem Falle, welcher zu der gegenwärtigen Berathung die Veranlassung gegeben hat. Ohne Zweifel hat die Klägerin die eingeklagten 48 Thlr. von ihrem ehemaligen Vormunde längst erhalten, der Schuldner ist todt, und seine Erben können keine Quittung aufweisen. Sie haben der Klägerin über die Zahlung den Eid deferirt, den diese abgeleistet hat. Es steht also fest, daß die Zahlung noch nicht erfolgt ist. Wären Zinsen **stipulirt** worden, so würde die Klägerin nur einen zehnjährigen Rückstand fordern können; nun kann sie aber die Zinsen nur wegen Verzuges fordern, und deshalb verlangt sie selbige für den ganzen, beinahe dreißigjährigen Zeitraum. Fand je eine Nachlässigkeit [5]) in Einklagung des Capitals und der Zinsen statt, so war es in dem vorliegenden Falle, und doch würde für die Klägerin daraus kein Schaden, sondern ein Gewinn entstehen. Der Gläubiger hätte alsdann ein leichtes Mittel in Händen, ein ohne Zinsen ausgeliehenes Capital doch dreißig Jahre hindurch zu fünf Prozent zu nutzen.

Die Revisoren des 11. Titels I. Theils des A. L. R. [6])

---

5) **Suarez** sieht die Verjährung durch Nichtgebrauch — und nach der Bestimmung des §. 850. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. ist die zehnjährige Zinsenverjährung als eine solche zu erachten — für eine poena negligentiae an; vgl. unsere Zeitschrift Bd. III. S. 657. 658.
D. H.

6) **Motive** zu dem, von der Deputation vorgelegten Entwurf der Tit. 11. u. 13. Th. I. des A. L. R. S. 159. D. H.

beziehen zwar auch den §. 849. nur auf vorbedungene Zinsen, halten es jedoch für sehr wünschenswerth, daß das Gesetz dem Gläubiger nicht mehr als zehnjährige Verzugszinsen zubillige, und tragen darauf an, dieses festzusetzen. Sie kommen also im Wege der Legislation zu dem nämlichen Resultate, welches sich aus einer richtigen Interpretation der bestehenden Gesetze ergiebt. —

Die Unanwendbarkeit der, im §. 849. a. a. O. festgesetzten zehnjährigen Zinsenverjährung auf Verzugszinsen, wofür sich das Plenum des Geheimen Ober-Tribunals entschieden hat, beruht hingegen auf folgenden Gründen:

1. Der §. 849. a. a. O. spricht, seinen Worten nach, allerdings von Zinsen überhaupt, ohne zwischen vorbedungenen und Verzugszinsen zu unterscheiden. Allein die unzweideutigen Bestimmungen anderer Gesetze beweisen, daß nur von jenen die Rede sein kann. Es handelt sich nämlich um die gerichtliche Einklagung rückständig verbleibender Zinsen. Eine solche Einklagung von Zinsen ohne gleichzeitige Einklagung des Kapitals findet aber nach §. 845. a. a. O. bei Verzugszinsen nur dann statt, wenn solche neben dem Capitale nicht gefordert, auch von dem Richter darauf nicht erkannt worden, und der Gläubiger über das Capital nur mit Vorbehalt der Verzugszinsen quittirt hat; andernfalls sollen sie nicht einmal von dem Tage des ergangenen Urtels an nachgefordert werden können. Hieraus, so wie aus dem §. 848. a. a. O., welcher dahin lautet:

„Hat der Richter geforderte Verzugszinsen im Urtel übergangen, so hat dieses eben die Wirkung, als wenn er sie aberkannt hätte,"

ergiebt sich, daß Verzugszinsen als ein Zubehör des Capitals anzusehen sind, in der Regel nur mit diesem zugleich

eingeklagt werden können, und daher mit dem Capital derselben Verjährung unterliegen müssen.

Hierauf deuten dann auch die Worte im §. 849.: „rückständig verbleibender Zinsen," welche auf Verzugszinsen nicht passen, da bei diesen, wenn auch der Termin, von welchem sie laufen, bestimmt ist, doch der Verfalltag, an welchem sie zahlbar oder von welchem sie rückständig sind, nicht, wie bei den vorbedungenen Zinsen, feststeht. Es würde mithin die Vorschrift, nach welcher nur von dem Verfalltage einer Schuld die Verjährung anfangen kann (§. 545. Tit. 9. a. a. O.), der zehnjährigen Verjährung der Verzugszinsen entgegenstehen, und es ist deshalb diese Art von Zinsen nur mit dem Aufhören der Schuldverbindlichkeit selbst, mit der sie unzertrennlich verbunden sind, als wegfallend zu betrachten.

2. Wenn auch im weiteren Sinne die Verzugszinsen, wie die vorbedungenen, bei Darlehnen als eine Entschädigung für die entbehrte Nutzung des Capitals anzusehen sind, so besteht doch zwischen beiden der bedeutende Unterschied, daß vorbedungene Zinsen auf einer Stipulation, Verzugszinsen auf einer widerrechtlichen Handlung des Schuldners, der mora, beruhen. Nur in dem letzteren Falle ist von einer eigentlichen Entschädigung die Rede. Vorbedungene Zinsen, die jederzeit eingefordert werden können, verdienen daher weit weniger begünstigt zu werden, als die, dem Gläubiger aus dem Verzuge in Zahlung des Capitals gebührenden, und nur mit diesem zugleich unter der Bezeichnung: „Zinsen" einzuklagenden Entschädigungen. Das A. L. R. sieht auch nur die Verzugszinsen als den Ersatz eines, dem Gläubiger zugefügten Schadens an. Es bestimmt im §. 833. a. a. O.,

daß, außer den Zögerungszinsen, der Gläubiger für den,

durch den Verzug des Schuldners ihm entstandenen Schaden keine weitere Vergütigung fordern könne;

und verordnet hierauf im §. 834. weiter:

„Hat jedoch der Schuldner, bei vorhandenen hinlänglichen Zahlungsmitteln, aus Vorsatz oder grobem Versehen, die Zahlung verzögert; so kann der Gläubiger, statt der Zögerungszinsen oder der Conventionalstrafe, den Ersatz des, aus diesem Verzuge ihm erwachsenen wirklichen Schadens verlangen;“

ohne irgend wo zu bestimmen, daß der hier im §. 834. gedachte Ersatz einer kürzeren als der dreißigjährigen Verjährung unterliege. Es läßt sich nun kein Grund absehen, aus welchem diejenige Entschädigung, die dem Gläubiger wegen des Verzugs des Schuldners im Zurückzahlen des Capitals gebührt, und die den Namen „Zinsen“ führt, nicht aber diejenige höhere Entschädigung, die er, wegen eben dieses Verzuges, nach dem eben angeführten §. 834. zu fordern hat, der zehnjährigen Verjährung unterworfen sein sollte.

Eben so wenig würde der Unterschied zu erklären sein, der bei Anwendung des §. 849. auf Zögerungszinsen, in Bezug auf die Verjährung zwischen Verzugszinsen bei einem Darlehne und den Verzugszinsen bei verzögerten Zahlungen aus andern Geschäften, statt finden würde, da bei den letzteren die zehnjährige Verjährung jedenfalls nicht eintritt.

Es verordnet nämlich der §. 65. Tit. 16. a. a. O.:

„Was wegen dieser (der Verzögerungszinsen) bei Darlehnen verordnet ist, gilt auch bei andern verzögerten Zahlungen, wo nicht die Gesetze besondere Bestimmungen vorschreiben (Tit. 11. §§. 827—834., §. 111. 116. 227., Tit. 12. §§. 328. u. flgd.),

und daraus, daß unter den hier allegirten §§. der §. 849. Tit. 11. nicht mit aufgenommen ist, ergiebt sich, daß die-

ser §. nicht auf Verzugszinsen hat bezogen werden sollen, indem er sonst unstreitig im §. 65. Tit. 16. als eine von den Vorschriften aufgeführt sein würde, die bei allen Arten von Verzugszinsen zur Anwendung kommen.

Wenn ältere und neuere Gesetzgebungen die Zinsen nicht begünstigen, und theilweise sogar bis zum gänzlichen Verbot derselben gehen, so galt dies nur dem Ausbedingen von Zinsen. Verzugszinsen wurden dadurch, ihrer abweichenden Natur nach, fast gar nicht betroffen [7]). Es scheint auch in der That unbillig, die Entschädigung, welche aus dem Verzuge des Schuldners dem Gläubiger gebührt, der sein Geld entweder ganz ohne Zinsen, oder doch nur gegen mäßige, oder auch gegen landübliche Zinsen hergegeben hat, ungewöhnlichen Beschränkungen zu unterwerfen, und den Gläubiger dadurch zu nöthigen, die Forderung früher, als er es wünscht, gegen den Schuldner einzuklagen, um nur jener Entschädigung nicht verlustig zu gehen.

---

7) Nach Hugo, civilistisch. Magazin Bd. II. S. 160. half man sich in Frankreich, wo bis zur Revolution der Zinscontract verboten war, dadurch, daß man nach einem Gerichtsgebrauche der meisten Parlamenter dem Schuldner, obgleich der Gläubiger jezt noch keine Zahlung wünschte, die Zahlung anbefehlen ließ, nur damit dieser ihm Verzug Schuld geben und Verzugszinsen anrechnen konnte.

Dies findet durch Zachariä, Handbuch des Französischen Civilrechts, dritte Aufl. Bd. II. S. 402. folgende nähere Erläuterung:

„Mehrere ältere Ordonnanzen verboten, nach dem Vorgange des canonischen Rechts, gänzlich, von Darlehnen Zinsen zu bedingen. Jedoch wurde dieses Verbot nur in den Ländern des Gewohnheitsrechts streng befolgt, obwohl selbst in diesen der Renten- oder Gültenkauf für rechtmäßig erachtet wurde. In den Ländern des geschriebenen Rechts wurde dagegen das verzinsliche Darlehn, wenigstens in den Bezirken mehrerer Parlamenter, entweder schlechthin oder mit gewissen Einschränkungen für zulässig erachtet.“

№ 31.

Erbpacht. Gewährleistung.

Die gesetzlichen Vorschriften über die Verjährung des Rechts, Gewährleistung zu fordern, finden in dem Falle keine Anwendung, wenn eine, in Erbpacht verliehene Sache zwar vollständig dem Vertrage gemäß übergeben ist, aber späterhin durch irgend ein Ereigniß einen Nachtheil erleidet, für welchen der Erbpächter von dem Verleiher auf den Grund des Vertrages Entschädigung fordert [1]).

A. L. R. Th. I. Tit. 5. §§. 343—345.; vgl. ebend. Tit. 21. §§. 199. u. flgd., 87. u. flgd., 207. u. flgd.; Tit. 9. §. 546.

---

1) Vgl. I. unsere Rechtssprüche, Bd. III. № 12. S. 141. u. flgd. und Bd. IV. № 3. S. 22. u. flgd.

II. Bornemann, system. Darstellung des Preuß. Civilrechts Bd. II. S. 591. 592., woselbst es heißt:

„Im Allgemeinen ist der Geber verpflichtet, für alle ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzte Eigenschaften der übergebenen Sache und des übertragenen Rechts zu haften. Die außergewöhnlichen Lasten der Sache muß er daher vertreten, für Lasten, welche einer Sache der Art gewöhnlich ankleben, braucht er dagegen nur dann einzustehen, wenn er die Freiheit davon ausdrücklich versprochen oder behauptet hat. — —

Damit ein Anspruch auf Gewährleistung begründet sei, ist aber in allen Fällen noch Folgendes erforderlich:

1. Der Fehler muß zur Zeit der Übergabe, wenn auch nur seinem Grunde nach, vorhanden gewesen sein (A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 322., Tit. 11. §§. 192. u. flgd., 431. u. flgd. 966.).“

D. H.

Durch einen Vertrag vom 9. Mai 1778 wurde Seitens der Kriegs- und Domainen-Kammer zu Magdeburg, Namens des Fiscus, dem Ober-Zolleinnehmer Franz ein, zu Wollmirstädt gelegener Gasthof, der schwarze Adler genannt, mit den, in dem Vertrage näher bezeichneten Zubehörungen für einen jährlichen Canon von 250 Thlrn. in Erbpacht verliehen, und ihm in dem Vertrage gestattet, die vorhandenen Gebäude nach seinem Gefallen wegzunehmen, zu verbessern oder zu verringern, neue Wohnungen zu bauen und solche an andere Leute zu überlassen, überhaupt mit allen Pertinenzien dieses Grundstücks nach Gefallen zu schalten. Dabei ward dem Erbpächter die ausdrückliche Zusicherung ertheilt,

> diejenigen Wohnungen, welche er zum Vermiethen oder zum Verkaufen bauen werde, niemals mit irgend einigen neuen oneribus zu beschweren,

und zugleich ferner bestimmt:

> daß auch der Erbpächter selbst und dessen Nachkommen mit keinen neuerlichen oneribus an Schoß, Servis, Erben-, Grund- und andern Zinsen, oder wie dergleichen sonst Namen haben mögen, welche bisher auf dem Gasthofe und dessen Pertinenzien nicht gehaftet haben, belegt werden, das Amt Wolmirstädt vielmehr die, auf dem Gasthofe und dessen Zubehörungen von Alters her gehafteten onera über sich behalten und entrichten, und Erbpächter mit solchen oneribus verschont, so wie auch insonderheit von aller Einquartierung an Mannschaften und Pferden völlig und auf immer frei bleiben und dagegen wider Jedermanns Eingriff und Gewalt kräftigst geschützt und vertreten werden solle.

Einige Zeit nachher erbaute der ꝛc. Franz auf dem Erbpachtsgrundstück noch ein zweites großes Wohnhaus,

welches mehrere einzelne Wohnungen enthält, und veräußerte sodann im Jahre 1805 das, an diesem neuen Wohnhause ihm zustehende Erbpachtsrecht mit allen, durch den Hauptvertrag vom Jahre 1778 begründeten Prärogativen. Gegenwärtig befinden sich der Daniel Neimann, der Wilhelm Schulz und der Johann Heinrich in dem Besitze dieses zweiten Hauses, während der Gasthof zum schwarzen Adler selbst mit allen übrigen Zubehörungen des Erbpachtsgrundstücks an den Rathmann Freisleben gelangt ist.

Im Jahre 1835 erhoben die drei genannten Besitzer des neu erbauten Hauses gegen den Fiscus Klage, indem sie behaupteten, daß theils schon seit dem Jahre 1808 während der Fremdherrschaft, theils späterhin das ganze Erbpachtsgrundstück mit verschiedenen neuen Lasten, namentlich mit Grundsteuer, Communal-Abgaben und Einquartierung beschwert worden. Nach dem Inhalte des Erbpachtsvertrages sei Fiscus schuldig, wegen dieser, in neuern Zeiten dem Erbpachtsgrundstück auferlegten Lasten die Besitzer vollständig zu entschädigen. In Beziehung auf denjenigen Theil des Erbpachtsgrundstücks, welchen der Rathmann Freisleben erworben habe, erkenne auch Fiscus seine Verpflichtung hierzu an; dagegen wolle er eine gleiche Entschädigungs-Verbindlichkeit in Betreff der, von dem Gasthofe getrennten und an sie, die Kläger, gelangten Theile des Grundstücks nicht zugestehen. Sie richteten deshalb ihren Klage-Antrag dahin:

den Fiscus schuldig zu erkennen, ihnen sowohl für die Vergangenheit die, von dem fraglichen Wohnhause bisher getragene, als auch die in Zukunft ferner zu tragende Grundsteuer, Communal-Abgaben und Einquartierung,

und zwar die bereits getragenen Lasten dieser Art sofort, die künftigen aber alljährlich zu vergüten.

Der Fiscus setzte unter andern Einreden, die hier übergangen werden können, den Klägern entgegen, daß, wenn auch der Anspruch im Allgemeinen für begründet erachtet werden dürfte, die Klage doch jedenfalls zu spät angebracht sei; das A. L. R. Th. I. Tit. 5. §§. 343. u. flgd. setze fest:

daß alle Gewährsmängel innerhalb der dort bestimmten kurzen Fristen, bei Verlust des Klagerechts, geltend gemacht werden müssen;

nach dieser Vorschrift aber sei der Anspruch der Kläger längst durch Verjährung erloschen.

Der erste Senat des Oberlandesgerichts zu Magdeburg erachtete in seinem Urtel vom 14. Februar 1837 in Betreff der Einquartierung und der Grundsteuer sämmtliche, der Klage entgegengesetzte Einreden für unerheblich, und verurtheilte den Fiscus, den Klägern die, seit dem 1. Januar 1815 erweislich getragene Grundsteuer und Einquartierung, und zwar so weit solche bereits getragen worden, sofort, die künftige aber alljährlich zu vergüten; wogegen der Anspruch der Kläger auf gleichmäßige Vergütung der Communal-Lasten aus besonderen, hier nicht in Betracht kommenden Gründen zurückgewiesen wurde.

Beide Theile wandten die Appellation ein, und der zweite Senat des genannten Oberlandesgerichts änderte unterm 18. November 1837 das erste Urtel zu Gunsten der Kläger dahin ab, daß Fiscus auch für schuldig erkannt wurde, den Klägern die, seit dem 1. Januar 1815 erweislich entrichteten und ferner zu tragenden Communal-Lasten zu erstatten.

Gegen dies Erkenntniß erhob der verklagte Fiscus die Nichtigkeitsbeschwerde. Er behauptete zu deren Begründung

unter andern, daß die Entscheidung des Appellationsrichters jedenfalls gegen die Vorschriften des A. L. R. Th. I. Tit. 5. §§. 343—345. verstoße, wonach, wie schon früher angeführt worden, dem Anspruche der Kläger, wenn er auch sonst für begründet erachtet werden könnte, doch die Verjährung entgegenstehe.

Bei dem Vortrage der Sache in dem betreffenden Spruch-Senat des Geheimen Ober-Tribunals machte sich hinsichtlich der Frage über die Anwendbarkeit der so eben angeführten §§. auf Schäden, die an einer in Erbpacht verliehenen Sache, nach deren Verleihung und Übergabe, entstanden sind, und wofür der Verleiher zu haften versprochen hat, eine Ansicht geltend, welche von der, in Betreff dieser Frage früher bei demselben Gerichtshofe angenommenen Meinung [2]) abwich. Die Frage ward daher, in Gemäßheit der Allerhöchsten Cabinetsorder vom 1. August 1836 № 3. u. 4., zur Entscheidung des Plenums gestellt, und von diesem am 27. Mai 1839 folgender Beschluß gefaßt:

> Die Vorschriften des A. L. R. Th. I. Tit. 5. §§. 344. und 345. über die Verjährung des Rechts, Gewährleistung zu fordern, finden in dem Falle keine Anwendung, wenn eine, in Erbpacht verliehene Sache zwar vollständig dem Vertrage gemäß übergeben worden, aber späterhin durch irgend ein Ereigniß einen Nachtheil erleidet, für welchen der Erbpächter von dem Verleiher auf Grund des Vertrages Entschädigung fordert.

---

2) Vgl. das in den, Note 1) № I. allegirten Rechtssprüchen Bd. IV. № 3. S. 22. u. flgd. abgedruckte Erkenntniß des Geheimen Ober-Tribunals vom 15. Juli 1833 in Sachen des Müllers Pinnow wider den Fiscus.

In Folge dieses Beschlusses wurde in dem gedachten Rechtsfalle durch das Erkenntniß vom 1. Juni 1839 die, wider das Appellations-Urtel erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als ungegründet verworfen.

Diese Entscheidung beruht in Betreff der, zur Berathung des Plenums gebrachten Frage auf folgenden, zugleich die Motive des Plenar-Beschlusses enthaltenden

Gründen.

Von dem verklagten Fiscus wird die Entscheidung des Appellationsrichters um deswillen als nichtig angefochten, weil die Vorschriften des A. L. R. Th. I. Tit. 5. §§. 343. 344. über die Verjährung des Rechts zur Klage auf Gewährleistung für unanwendbar auf den vorliegenden Fall erachtet sind. Hierdurch sei gegen den Begriff verstoßen, den das Gesetz mit dem Ausdruck: „Gewährleistung" verbinde. Denn man verstehe darunter nicht blos die Verpflichtung,

die gewöhnlich vorausgesetzten und in dem Vertrage ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaften einer Sache dem Übernehmer derselben wirklich zu verschaffen,

sondern auch die Verbindlichkeit:

für den Mangel solcher Eigenschaften Schadloshaltung und Vergütung zu leisten, falls deren wirkliche Verschaffung unmöglich sei.

Die, in den §§. 343. u. 344. a. a. O. bestimmten Verjährungsfristen seien, diesem Begriffe zufolge, nicht blos für den Fall vorgeschrieben, wenn der Übernehmer einer Sache die wirkliche Gewährung der versprochenen Eigenschaft fordere, sondern auch für den Fall, wenn er für die nicht mögliche Gewährung Vergütung verlange.

Indem nun der Appellationsrichter jene Fristen auf den ersteren Fall beschränke, und sie für den letzteren aus-

schließe, verletze seine Entscheidung einen, aus dem Sinne und Zusammenhange der angeführten Gesetze folgenden Rechtsgrundsatz, und sei daher nach dem §. 4. № 1. der Verordnung vom 14. December 1833 nichtig.

Allein dieser Vorwurf ist ungegründet.

Die Entscheidung des Appellationsrichters ist Seitens des verklagten Fiscus nicht richtig aufgefaßt worden. Der Appellationsrichter erachtet die mehrgedachten Vorschriften hier nicht aus dem Grunde für unanwendbar,

> weil nicht auf Gewährung einer versprochenen Eigenschaft, sondern nur auf Entschädigung wegen Unmöglichkeit der wirklichen Gewährung geklagt worden;

die Entscheidung des zweiten Richters gründet sich vielmehr darauf:

> daß hier der Fall einer Gewährleistung im Sinne des A. L. R. Th. I. Tit. 5. §§. 343. u. flgd. überhaupt gar nicht vorhanden sei, und deshalb auch die dort bestimmten Verjährungsfristen nicht zur Anwendung kommen könnten.

Hierin muß man dem Appellationsrichter beipflichten.

Die oft gedachten Vorschriften des A. L. R. haben nur den Fall zum Gegenstande:

> wo bei der Übergabe einer Sache die zu gewährenden Eigenschaften dem Übernehmer nicht prästirt sind, und solchergestalt die Sache nicht in der Art übergeben ist, wie es, dem Vertrage zufolge, hätte geschehen sollen.

Unter dieser Voraussetzung muß die mangelhaft erfolgte Übergabe binnen der bestimmten Fristen, bei Verlust des Klagerechts, gerügt werden.

Von einem solchen Falle ist hier nicht die Rede. Die Übergabe der Sache ist in der vertragsmäßig bestimmten

Art längst erfolgt, und erst viele Jahre nachher der Übernehmer dadurch beeinträchtigt, daß der Sache neue Lasten auferlegt sind, mit denen sie zur Zeit des abgeschlossenen Vertrags und der Übergabe nicht beschwert war.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen würde der Erbpächter den Schaden, den die in Erbpacht verliehene Sache erst späterhin durch die, derselben auferlegten neuen Lasten erleidet, allein zu tragen haben — A. L. R. Th. I. Tit. 21. §§. 199. u. flgd., §§. 87. u. flgd. — und allenfalls nur, unter Umständen, auf Herabsetzung oder gänzlichen Erlaß des Zinses Anspruch machen können; a. a. O. §§. 207. u. flgd.

Die Kläger behaupten nun aber und mit Recht, daß wegen der, in dem Erbpachtsvertrage enthaltenen ausdrücklichen Festsetzungen hier ein anderes Rechtsverhältniß eintrete. Ihre, auf eine specielle vertragsmäßige Verabredung gegründete Klage kann, da hinsichts derselben in den Gesetzen eine Ausnahme nicht bestimmt ist, und die §§. 343. u. flgd. Tit. 5. a. a. O. keine ausdehnende Interpretation gestatten, nur der gewöhnlichen Verjährung durch Nichtgebrauch unterliegen, so daß der Anspruch der Kläger, in Gemäßheit des §. 546. Tit. 9. a. a. O., erst mit Ablauf von dreißig Jahren erloschen sein würde.

№ 32.

Erbschaft. Miterbe. Erbe ohne Vorbehalt. Beneficial-Erbe. Erbschaftsgläubiger. Solidarität.

I. Vor erfolgter Theilung der Erbschaft haften mehrere Miterben den Erbschaftsgläubigern nicht

solidarisch, sondern blos nach Verhältniß ihrer Erbtheile; sie können jedoch nur gemeinschaftlich, d. h. zusammen, nicht einzeln, belangt werden.

II. Es ändert hierin nichts, wenn auch die mehreren Miterben für Erben ohne Vorbehalt zu achten sind, letztere mögen mit Beneficial-Erben concurriren oder nicht.

III. Die Erben ohne Vorbehalt haften aber für denjenigen Betrag der Nachlaßschulden, für den sie nach Verhältniß ihres Erbtheils aufkommen müssen, nicht nur mit diesem Erbtheile, sondern auch über denselben hinaus mit ihrem eigenen Vermögen und ihrer Person [1]).

---

1) I. In den, bei der gegenwärtigen Gesetz-Revision vorgelegten Motiven zum Entwurf des Erbrechts heißt es S. 227—230.:

„Schon in den früheren Entwürfen findet sich die Bestimmung, daß die Erbschaftsgläubiger, wenn ihnen nicht die bevorstehende Theilung bekannt gemacht worden, sich nach ihrer Wahl entweder an die Erben insgesammt, oder nur an Einen derselben wegen der ganzen Forderung halten können. (Kircheisenscher Entwurf Bd. XXIV. S. 295., Kleinscher Entwurf Bd. XXV. S. 120. §. 273.)"

Damit scheint Suarez anfangs nicht einverstanden gewesen zu sein, denn er bemerkte dabei:

„Fast alle Monenten protestiren sehr gegen diese Bestimmung, wodurch die, ohnehin so kostbaren und lästigen Liquidations-Prozesse multiplicirt würden. Ich trete dieser Meinung vollkommen bei. Der Creditor, der nicht jeden Erben pro rata belangen will, kann sich vor der Theilung melden.

Übrigens bemerke ich auch noch, daß irgend wo der Satz, daß auch nomina activa ipso jure divisa sunt, und daß also ein Erbschaftsschuldner unter mehreren Miterben jedem nur seine Rate zahlen könne und dürfe, zu inseriren sei."

Dieser abweichenden Meinung ungeachtet ist die, in den früheren Entwürfen aufgestellte Theorie beibehalten worden, und Suarez

A. L. R. Th. I. Tit. 17. §§. 127—146., Tit. 9. §§. 418. 419. 423. 427., Tit. 12. §. 292., Tit. 16. §§. 308. 311. 312.

Vgl.

vertheidigt sie selbst in der revisio monitorum weitläuftiger als sonst seine Gewohnheit ist, folgendermaaßen (Blatt 1382. zu §§. 297—307.):

„Gegen die hier angenommene Theorie, wonach nomina hereditaria passiva nicht mehr ipso jure divisa sein sollten, haben sich verschiedene Monita gefunden. Man hält solche in der Natur der Sache nicht gegründet, weil es dieser vielmehr gemäß sei, daß ein Miterbe nur in dem Verhältnisse, wie er von der Erbschaft Vortheil ziehe, auch zu den Lasten derselben beitrage. Man findet sie zu hart gegen die Erben, die solchergestalt wegen des verschuldeten Zustandes ihrer Miterben, wegen der schlechten Wirthschaft derselben, oder wegen anderer, sie betroffenen Unglücksfälle um ihr ganzes Erbtheil gebracht werden könnten. Es sei die Schuldigkeit des Creditors, sich um seinen Debitor und eine so wichtige Veränderung in dessen persönlichen Umständen, als durch den Tod entsteht, zu bekümmern und sich vor der Theilung zu melden. Die im Text vorgeschriebene Bekanntmachung sei mit zu vielen Weitläufigkeiten und Kosten verbunden. Es sei daher besser, man belasse es bei der bisherigen Theorie, nach welcher post divisionem jeder Erbe nur pro rata hereditaria haftet, und setze allenfalls nur fest, daß die Erbtheilung nicht übereilt, sondern auf eine gewisse Zeit, z. B. drei Monate, verschoben werden solle, damit Creditores Zeit haben, sich noch vor der Theilung zu melden.

Ich halte aber alle diese Monita nicht für erheblich. Vorauszusetzen ist, daß es die Meinung nicht sei, in irgend einem Falle, einen Miterben zur Schuldenbezahlung weiter verpflichten zu wollen, als sein Erbtheil reicht. Dies ist zwar im Texte nicht deutlich gesagt, es versteht sich aber wohl von selbst, da es sonst eine gar zu auffallende Unbilligkeit enthalten würde, wenn man einen Miterben jedesmal in den Fall setzen würde, mehr als er wirklich geerbt hat, bezahlen zu müssen. Unter dieser Voraussetzung, welche ausdrücklich beizufügen sein würde, finde ich in der gegenwärtigen Theorie nicht die geringste Härte oder Unbilligkeit. Einmal hatte doch der Creditor das Recht, seine ganze Forderung nur von Einer Person und auf Einem Brett zu fordern; er war berechtigt, sich auf das Ganze an den Nachlaß, welcher die Person seines Schuldners re-

Vgl. ebend. Tit. 17. §. 151. und A. G. O. Th. I. Tit. 1. §. 38.; ferner A. L. R. Th. I.

präsentirt, zu halten. Wie könnte ihm dieses Recht durch die, von den Erben hinter seinem Rücken vorgenommene Theilung entzogen werden? und mit welchem Grunde könnte er genöthigt werden, für einen einzigen, drei, vier und mehr debitores partiales anzunehmen, und jeden in seinem besonderen foro auf dergleichen zerstückelte Partialzahlungen zu verfolgen? Es ist doch wohl natürlicher und billiger, daß die Erben, indem sie über den Nachlaß unter sich disponiren, die Creditores, welche dabei ein Interesse haben, davon benachrichtigen, als daß man es diesen zumuthen will, sich um die Lebensgeschichte ihres Schuldners fortwährend zu bekümmern, und daß man es ihnen als eine schuldbare Nachlässigkeit imputiren will, wenn sie sich, weil ihnen der Tod desselben und die Theilung unter den Erben unbekannt geblieben, nicht früh genug gemeldet haben. Der Erbe, welcher mehr bezahlt hat, als nach Verhältniß seiner rata hereditaria auf ihn kam, kann sich an seine Miterben regressiren, er wird dazu in den meisten Fällen geschwinder und leichter gelangen können, als der Creditor. Und wenn die Miterben ihm nicht mehr solvendo sind, so ist es doch wohl billiger, daß er sein lucrum hereditarium ganz oder zum Theil einbüße, als wenn der Creditor den größten Theil seiner Forderung einbüßen sollte. Dieser streitet de damno vitando, und der Erbe, der einen, zur Bezahlung noch hinreichenden Erbtheil hinter sich hat, certirt offenbar de lucro captando. Überdem eröffnet ja das Gesetz dem Erben einen leichten und sichern Weg, sich durch Bekanntmachung des Todes und der bevorstehenden Theilung außer aller Verlegenheit zu setzen. Ist diese Bekanntmachung geschehen, so kann man eher mit Grund sagen, daß der Creditor, welcher sich innerhalb der bestimmten Frist nicht meldet, in culpa sei, und es sich selbst beizumessen habe, wenn er hiernächst an jeden Erben nur pro rata hereditaria sich halten kann. Daß diese Bekanntmachung so gar viel Kosten verursachen würde, beruht eines Theils meist auf einem irrigen supposito, und anderen Theils ist es eine bloße aequitas cerebrina, wenn man den Erben diese Kosten sparen, und dagegen dem Creditor die unweit größeren Kosten der einzelnen und partiellen Einklagung und Einziehung von so viel Miterben aufbürden will. Ich würde daher bei der Theorie des Textes, der nicht nur die meisten Monenten stillschweigend beitreten, sondern die auch meh-

Tit. 5. §. 427., Tit. 6. §. 30., Tit. 13. §§. 201. 202., Tit. 16. §. 305., Tit. 17. §§. 107. 109.

---

rere ausdrückliche Vertheidiger unter ihnen gefunden hat, stehen bleiben; jedoch unter der ausdrücklichen Bedingung, daß man keinen Miterben weiter, als sein Erbtheil beträgt, vinculiren wolle. Denn will man ihn pure ex propriis zur Zahlung verpflichten, so tritt die Billigkeit auf die Seite des Erben über, der dem Creditor doch immer nur um deswillen verhaftet ist, weil er einen Theil des, zur Befriedigung des Gläubigers bestimmten Nachlasses hinter sich hat, und der für die bloße Unterlassung der Notification zu hart gestraft werden würde, wenn er nicht nur alles lucrum hereditarium verlieren, sondern auch noch fremde Schulden aus eigenen Mitteln bezahlen sollte."

„Gegen diese Ausführung läßt sich zwar anführen, daß die Erben nur entweder aus dem Besitze oder aus der Antretung der Erbschaft dem Gläubiger verpflichtet sein können; daß aus dem Besitz einer Erbquote so wenig eine persönliche Verpflichtung gegen den Erbschaftsgläubiger entspringen kann, wie aus dem Besitz einer einzelnen, zum Nachlasse gehörigen Sache, und daß sich in dem Antritt der Erbschaft, in Gemeinschaft mit mehreren Miterben, wohl nicht eine Erklärung finden läßt, einem jeden Gläubiger für das Ganze seiner Forderung, wenn auch nur so weit die Kräfte der Erbschaft reichen, haften zu wollen. Allein ohne die, für beide Meinungen sprechenden Billigkeitsgründe, deren Gewicht wohl nicht genau gegeneinander abzumessen sein möchte, in Anschlag zu bringen, muß man sich doch für die, im A. L. R. angenommene Theorie entscheiden, weil die Erben, ehe sie aus der Erbschaft etwas gewinnen können, die darauf haftenden Schulden und Lasten abführen müssen. Nur das, was übrig bleibt, kann Gegenstand der Theilung sein, und wenn sie früher zur Theilung schreiten, ohne die Erbschaftsgläubiger ausgemittelt oder befriedigt zu haben, so ist dies eine Unregelmäßigkeit, aus welcher den Gläubigern wenigstens kein Nachtheil erwachsen darf; dieser würde sie aber treffen, wenn sie nach jeder, sogleich nach dem Tode des Erblassers und ohne ihre Berücksichtigung vorgenommenen Nachlaßtheilung, verpflichtet sein sollten, jeden Erben nach Verhältniß seiner Erbquote in Anspruch zu nehmen. Wollen die einzelnen Erben sich der Gefahr nicht aussetzen, von dem Gläubiger wegen seiner ganzen Forderung in An-

Zwischen dem ersten und dritten Senate des Geheimen Ober-Tribunals hatte sich eine Meinungsverschiedenheit über die Frage gebildet:

---

spruch genommen zu werden, so müssen sie sämmtliche Schulden vor der Theilung berichtigen. Da nun aber das Gesetz dies nicht einmal unbedingt verlangt, sondern den Miterben noch ein Mittel gewährt, sich von ihrer solidarischen Verpflichtung gegen die Gläubiger zu befreien, so ist in dem gegenwärtig geltenden Gesetz auch einmal eine Unbilligkeit gegen die Miterben zu finden."

Weiterhin S. 232. wird bemerkt:

„In Hinsicht der speciellen, auf vorstehenden Grundsätzen beruhenden Bestimmungen ist nur noch zu bemerken: ad §. 131. sollen darüber Zweifel entstanden sein, ob der Erbschaftsgläubiger auch vor der Theilung nach seiner Wahl sich wegen seiner ganzen Forderung an Einen Miterben halten könne?

Die Zweifel scheinen ungegründet zu sein. Ist der Nachlaß noch nicht getheilt, und haben die Erben nicht ohne Vorbehalt die Erbschaft angetreten, so muß der Gläubiger aus der ungetheilten Erbschaftsmasse seine Befriedigung suchen, an der die sämmtlichen Erben Miteigenthümer, und daher auch nur gemeinschaftlich berechtigt sind, die Masse im Processe zu vertheidigen. Der §. 131. spricht auch nur von den Rechten und Pflichten der Miterben nach der Theilung des Nachlasses, und kann also auch nicht auf den Fall angewendet werden, wenn die Theilung noch nicht geschehen ist."

Vgl. ferner

II. Bielitz, Nachträge zum praktischen Commentar Heft 1. (1831) S. 74.

III. Temme, Preußisches Civilrecht (1832) S. 334—336. §§. 451. 452.

IV. Thöne, system. Handbuch des Preuß. Privatrechts Bd. I. (1833) S. 96—99.

V. Piners, über die Haftbarkeit mehrerer Erben gegen die Erbschaftsgläubiger nach dem A. L. R. Th. I. Tit. 17. §§. 127—146. in: Ulrich, Sommer und Böle, neues Archiv für Preußisches Recht Bd. I. (1834) S. 535—548.

VI. Die von Dr. Sommer ebendaselbst S. 549—556. mitgetheilten zwei Rechtsfälle.

VII. Crelinger, System des Preußischen Erbrechts (1834) S. 234. u. flgd.

ob bei Erbschaften, die auf mehrere Personen verfällt werden, ein einzelner Miterbe dem Erbschaftsgläubiger vor erfolgter Theilung des Nachlasses für dessen ganze Forderung solidarisch verhaftet sei oder nicht?

Diese Streitfrage ward daher in Gemäßheit der Allerhöchsten Cabinetsorder vom 1. August 1836 № 3. und 4. zur Fassung eines Plenar-Beschlusses vorgelegt,* und hierbei dahin gestellt:

In welcher Art haften die mehreren Miterben, namentlich auch diejenigen, die für Erben ohne Vorbehalt zu achten sind, in Folge der, in dem A. L. R. Th. I. Tit. 9. §§. 418. 419. 427. und Th. I. Tit. 17. §§. 127. u. flgd.

VIII. Juristische Zeitung Jahrg. 1834. S. 1047. u. flgd. und Jahrg. 1835. S. 1089. u. flgd.

IX. Klein, System des Preuß. Civilrechts, bearbeitet durch von Rönne, 2. Ausgabe (1836) S. 453. 454.

X. Unsere Rechtssprüche Bd. IV. (1836) № 37. S. 337. u. flgd. und Note 1. daselbst.

XI. Koch, die Lehre von dem Übergange der Forderungsrechte (1837) S. 8. u. flgd.

XII. Centralblatt für Preuß. Juristen Jahrgang 1837. S. 319. u. flgd.

XIII. Stute, Haftet ein Miterbe, der, ohne ausdrücklich die Erbschaft ganz ohne Vorbehalt angetreten zu haben, der Rechtswohlthat des Inventars verlustig geworden, überall, und selbst mit seinem eigenen Vermögen für das Ganze der Nachlaßschulden oder nur pro rata nach Verhältniß seines Antheils an der Erbschaft? in dem unter V. gedachten neuen Archiv Bd. IV. (1837) S. 519. u. flgd.

XIV. Entscheidungen des Geheimen Ober-Tribunals Bd. I. № 20. S. 186. u. flgd., besonders S. 206.

XV. Bornemann, system. Darstellung des Preuß. Civilrechts Bd. VI. (1839) S. 516—526.

Man sehe auch:

Ergänzungen der Preuß. Rechtsbücher von Gräff u. s. w. Th. I. Abth. 1. S. 604. u. flgd. zum A. L. R. Th. I. Tit. 17. §. 127—146.

D. H.

enthaltenen Grundsätze vor erfolgter Theilung der Erbschaft, den Erbschaftsgläubigern? Müssen sie denselben solidarisch oder ohne Solidarität gerecht werden?

Der am 1. Mai 1837 gefaßte Plenar-Beschluß lautet dahin:

Mehrere Miterben, namentlich auch diejenigen, die für Erben ohne Vorbehalt zu achten sind, Letztere mögen mit Erben, welche die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten haben, concurriren oder nicht, haften den Erbschaftsgläubigern vor erfolgter Theilung der Erbschaft nicht solidarisch, sondern nur nach Verhältniß ihres Erbantheils.

Gründe.

Wenn entschieden werden soll:

in wie weit mehrere, als Erben betheiligte Personen verpflichtet sind, zur Bezahlung der Schulden ihres Erblassers aufzukommen,

so müssen zwei Fragen, deren Vermischung die richtige Beurtheilung der Verhältnisse wesentlich erschwert, streng von einander gesondert werden. Es kommt nämlich bei Feststellung der Grundsätze über die Verhaftung mehrerer Erben in Betracht:

I. in welchem Maaße die mehreren Erben für die erbschaftlichen Schulden haften, ob

ein Jeder nur nach Verhältniß seines Erbantheils (pro rata),

oder

jeder Einzelne für das Ganze (solidarisch)?

Ganz verschieden hiervon ist die Frage:

II. in wie fern die mehreren Erben sich auf die Rechtswohlthat des Inventariums berufen können, oder nicht, d. h. ob sie die, an die Erbschaft zu machenden Forderungen

nur so weit zu vertreten brauchen, als der Betrag des Activ-Nachlasses hinreicht,

oder

ob sie für die Erschaftsschulden, auch so weit solche das Activ-Vermögen der Erbschaft übersteigen, aufzukommen verpflichtet sind?

Die erste Frage bezieht sich auf die Forderung, für welche die Erben haften, und auf den Antheil derselben, für den sie aufkommen müssen; sie geht dahin, mit andern Worten: ob jeder der mehreren Erben für die ganze Forderung oder blos für einen Theil und für welchen hafte? Die zweite Frage dagegen bezieht sich auf die Vermögensmasse, mit welcher die Erben den Gläubiger befriedigen müssen; sie geht dahin: haften die Erben blos mit dem, was sie ererbt haben, oder mit ihrem eigenen ganzen Vermögen und selbst persönlich?

Die erste Frage ist in den §§. 127—146. Tit. 17. Th. I. des A. L. R. entschieden, und es werden daselbst die folgenden drei Fälle wesentlich von einander getrennt:

1. wenn die Erben sich noch nicht in den Nachlaß getheilt haben,

2. wenn sie sich in den Nachlaß schon getheilt, jedoch den Erbschaftsgläubigern diese Theilung vorher nicht bekannt gemacht haben, und

3. wenn diese Theilung erst erfolgt ist, nachdem solche vorher den Erbschaftsgläubigern in Zeiten gehörig bekannt gemacht worden.

Von dem ersten Falle handeln die §§. 127—130., von dem zweiten die §§. 131—136. und von dem dritten die §§. 137. u. flgd. a. a. O.

Für den ersten Fall, der den Gegenstand der jetzt zu beantwortenden Streitfrage bildet, in welchem nämlich eine

Theilung der Erbschaft noch nicht erfolgt ist, bestimmt der §. 127. a. a. O., daß die Erben dem Erbschaftsgläubiger gemeinschaftlich verpflichtet seien.

Im zweiten Falle, wo die Theilung der Erbschaft ohne vorgängige Bekanntmachung an die Gläubiger geschehen ist, läßt das Gesetz im §. 131. a. a. O. dem Gläubiger die dreifache Wahl, ob er sich wegen seiner Befriedigung an die Erben insgesammt oder an jeden derselben nach Verhältniß seines Erbtheils, oder auch nur an Einen unter ihnen für das Ganze seiner Forderung halten wolle.

Im dritten Falle endlich kann der Erbschaftsgläubiger, dem die Theilung des Nachlasses in Zeiten gehörig bekannt gemacht worden, der aber die drei- oder sechsmonatliche Frist nach geschehener Bekanntmachung hat verstreichen lassen, ohne sich zu melden, nach §§. 137. und 141. a. a. O. wegen seiner Befriedigung nur an jeden Miterben, nach Verhältniß seines Erbtheils und für dessen Antheil an der Erbschaft, sich halten.

Die zweite Frage dagegen,

in wie fern mehrere Erben bei Bezahlung der erbschaftlichen Schulden blos mit dem, was sie ererbt haben, oder auch mit ihrem eigenen Vermögen und selbst mit ihrer Person haften müssen,

gehört, ihrer Natur nach, nicht in den Abschn. 2. Tit. 17. Th. I. des A. L. R., welcher „vom gemeinschaftlichen Eigenthume der Miterben" handelt; sie ist vielmehr nach den Grundsätzen zu entscheiden, welche in den §§. 423. und beziehungsweise 418. 419. 427. Tit. 9. a. a. O. hinsichtlich der Folgen der Antretung der Erbschaft mit oder ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars, aufgestellt werden. Danach ergiebt sich Folgendes:

1. mehrere Miterben, welche nur nach Verhältniß ih-

res Erbtheils haften (im dritten Fall bei der ersten Frage, A. L. R. Th. I. Tit. 17. §§. 137. 141.), oder von dem Gläubiger (nach der, ihm im zweiten Fall bei der ersten Frage zustehenden Wahl, ebend. §. 131.) nur in dieser Beschränkung belangt werden,

brauchen dem Erbschaftsgläubiger auf den ganzen Betrag des, ihnen nach Verhältniß ihrer Erbrate zur Last fallenden Theiles der Nachlaßschuld, jedoch nicht weiter, nur dann gerecht zu werden, wenn sie Erben ohne Vorbehalt sind, während sie als Erben mit Vorbehalt den, von ihnen geforderten Antheil der Nachlaßschuld nur so weit zu vertreten haben, als ihr Antheil an dem Activ-Vermögen reicht; z. B. A. und B. sind Miterben, jeder zu einem Viertel; A. hat die Erbschaft mit, und B. ohne Vorbehalt angetreten; der Nachlaß beträgt 2000 Thlr., eine vorhandene Erbschaftsschuld 4000 Thlr.; A. und B. werden nach Verhältniß ihres Erbantheils von einem Viertel auf Bezahlung dieser Schuld, also ein Jeder auf 1000 Thlr., belangt; hier braucht A. über ein Viertel seines Antheils am Activ-Vermögen im Betrage von 500 Thlrn. nicht aufzukommen, während B. dem Gläubiger für das volle Viertel der Schuld von 1000 Thlrn., jedoch nicht weiter, gerecht werden muß.

2. Wenn (in dem oben gedachten zweiten Falle der ersten Frage, §. 131. a. a. O.) der Gläubiger einen mehrerer Miterben für das Ganze belangt,

so haftet derselbe zwar für den ganzen Betrag der Erbschaftsschuld, dies jedoch unbedingt nur dann, wenn er Erbe ohne Vorbehalt geworden, während der Erbe mit Vorbehalt über seinen Erbtheil hinaus nicht zu bezahlen braucht. Werden also in dem vorher angeführten Beispiele A. oder B. auf das Ganze belangt, so muß B., der Erbe

ohne Vorbehalt, für die ganze Schuld der 4000 Thlr. aufkommen; A., der Erbe mit Vorbehalt, braucht dagegen nur 500 Thlr., als den Betrag seines Erbantheils, zu zahlen. Betrüge aber in demselben Beispiele der Activ-Nachlaß 20,000 Thlr., so muß auch A., der Erbe mit Vorbehalt, für die volle Forderung der 4000 Thlr. gerecht werden, weil sein Erbtheil sich auf 5000 Thlr. belaufen würde.

Der in allen diesen Fällen sich geltend machende Grundsatz:

> daß über den Betrag des empfangenen Erbtheils hinaus kein Miterbe verhaftet sei, welcher die Erbschaft nicht ohne Vorbehalt angetreten hat,

wird nun zwar im A. L. R. ausdrücklich nur für den Fall anerkannt, daß einer mehrerer Miterben solidarisch — auf den ganzen Betrag der Schuld — belangt ist, indem der §. 134. a. a. O. verordnet:

> „Auf eine höhere Summe als der erhaltene Erbtheil beträgt, kann kein einzelner Erbe, wenn er die Erbschaft nicht ganz ohne Vorbehalt angetreten hat, für das Ganze belangt werden."

Jener Grundsatz geht indeß in seiner Allgemeinheit nicht nur aus den angeführten Vorschriften des Tit. 9. Th. I. des A. L. R. unzweifelhaft hervor, sondern wird auch noch durch die Äußerungen unterstützt, womit Suarez in seiner revisio monitorum den Einwendungen begegnet, welche gegen den, im ersten Entwurf zum A. L. R. bereits aufgestellten Grundsatz: daß nomina hereditaria passiva nicht mehr ipso jure divisa sein sollten, erhoben worden waren:

> „Ich halte," sagt er, „alle diese monita nicht für erheblich. Vorauszusetzen ist, daß es die Meinung nicht sei, in irgend einem Falle einen Miterben zur

Schuldenbezahlung weiter verpflichten zu wollen, als sein Erbtheil reicht. Dies ist zwar im Texte nicht deutlich gesagt; es versteht sich aber wohl von selbst, da es sonst eine gar zu auffallende Unbilligkeit enthalten würde, wenn man einen Miterben jedesmal in den Fall setzen würde, mehr als er wirklich geerbt hat, bezahlen zu müssen. Unter dieser Voraussetzung, welche ausdrücklich beizufügen sein würde" — was sodann im §. 134. geschehen ist — „finde ich in der gegenwärtigen Theorie nicht die geringste Härte oder Unbilligkeit."

Hierauf vertheidigt Suarez den, im Entwurfe zum A. L. R. aufgestellten Grundsatz, daß es den Erbschaftsgläubigern, hinter deren Rücken sich die Erben in den Nachlaß getheilt haben, gestattet sein solle, sich wegen ihrer Forderungen auch nur an Einen der Erben zu halten. Dann fährt er fort:

„Ich würde daher bei der Theorie des Textes stehen bleiben, jedoch unter der Bedingung, daß man keinen Miterben weiter, als sein Erbtheil beträgt, vinculiren wolle. Denn will man ihn pure ex propriis zur Zahlung verpflichten, so tritt die Billigkeit auf die Seite des Erben über, der dem Creditor doch immer nur um deswillen verhaftet ist, weil er einen Theil des, zur Befriedigung des Gläubigers bestimmten Nachlasses hinter sich hat, und der für die bloße Unterlassung der Notification zu hart bestraft sein würde, wenn er nicht nur alles lucrum hereditarium verlieren, sondern auch noch fremde Schulden aus eigenen Mitteln bezahlen sollte."

Aus allem diesen ergiebt sich nun, daß das A. L. R. nur einen einzigen Fall kennt, wo ein Erbschaftsgläubiger berechtigt ist, aus den vorhandenen mehreren Miterben Einen auszuwählen, und diesen allein wegen seiner

Forderung, und zwar nicht blos nach Verhältniß seines Erbtheils, sondern auf das Ganze, zu belangen; dies ist der im §. 131. a. a. O. gedachte Fall, in welchem die Erben, ohne vorgängige Bekanntmachung an die Erbschaftsgläubiger, sich in den Nachlaß getheilt haben. Ob aber auch in diesem Falle der, auf Zahlung des Ganzen belangte einzelne Miterbe zur Berichtigung der ganzen eingeklagten Forderung verpflichtet ist, das ist eine weitere Frage, welche nach dem vorher Ausgeführten davon abhängt, ob der belangte Miterbe die Erbschaft mit oder ohne Vorbehalt angetreten hat.

Außer diesem einzigen Falle, gedenkt das Gesetz nirgends einer solidarischen Verpflichtung der mehreren Miterben, namentlich erwähnen einer solchen nicht die §§. 127—130. a. a. O., welche den Fall behandeln, wenn die Erben die Erbschaft noch nicht getheilt haben, vielmehr ist im §. 127. sogar ausdrücklich ausgesprochen, daß vor der Theilung die Verpflichtung mehrerer Erben zur Bezahlung der erbschaftlichen Schulden nur eine gemeinschaftliche sei.

Die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung, welche auch vor der Theilung eine solidarische Verhaftung der Miterben annehmen, stützen ihre Ansicht nun zwar gerade und hauptsächlich mit auf den, im ebengedachten §. 127. gebrauchten Ausdruck: „gemeinschaftlich verpflichtet.“ Schon durch diese Worte an sich und besonders in Bezug auf die Vorschrift des folgenden §. 128., finden sie die Solidarverpflichtung ausgesprochen.

Auch ist nicht zu läugnen, daß jener Ausdruck als zweifelhaft erscheinen kann, weil in dem A. L. R. bei andern Gelegenheiten mit dem Worte: gemeinschaftlich allerdings der Begriff der Solidarverpflichtung verbunden worden ist, wie dies z. B. der §. 427. Tit. 5., §. 30.

Tit. 6., §§. 201. 202. Tit. 13. und §. 305. Tit. 16. Th. I. beweisen.

Allein in dem hier in Frage stehenden §. 127. Tit. 17. ist das Wort: „gemeinschaftlich" nicht in dieser Bedeutung gebraucht; sonst würde der §. 127. nicht nur offenbar mit den, in den §§. 131. u. flgd. über die Theorie der Verhaftung mehrerer Miterben für die erbschaftlichen Schulden aufgestellten Grundsätzen ganz unvereinbar sein, sondern auch den rechtlichen Verhältnissen widersprechen, in welchen mehrere Erben eines Nachlasses vor dessen Theilung zur Erbmasse untereinander und gegen deren Gläubiger stehen.

Denn so lange der Nachlaß noch nicht getheilt ist, repräsentiren die sämmtlichen Erben zusammen den Erblasser; jedes Recht, welches von Letzterem ausgeübt, und jede Verbindlichkeit, deren Erfüllung von ihm gefordert werden konnte, kann daher von seinen Erben nur zusammen gemeinschaftlich ausgeübt und gefordert werden. Nomina hereditaria activa gelten nicht für ipso jure divisa, vielmehr steht jedem der Erben ein condominium an dem Nachlasse, vor dessen Theilung dergestalt zu, daß in der Regel keiner, ohne Zuziehung seiner Miterben, auch nur über den geringsten Theil des Nachlasses verfügen darf.

Unter diesen Umständen ist vor der Theilung der Erbschaft eine Solidarverpflichtung des einzelnen Miterben nicht wohl denkbar; wenigstens würde es in keiner Weise gebilligt werden können, daß ein einzelner Erbe, der allein Nachlaß-Activa nicht einfordern darf, für die Passiva ganz aufkommen soll. Überdies würde der Erbschaftsgläubiger durch eine solche Solidarverpflichtung des einzelnen Miterben ein Recht gewinnen, auf welches er nicht den mindesten Anspruch hat, indem er statt eines einzigen Schuldners, des

Erblassers, nun in dessen Erben mehrere Schuldner erhalten würde. Er könnte sich nach seiner Wahl an einen Jeden von ihnen für eine und dieselbe Forderung halten, für welche ihm doch, der Natur der Sache nach, der Nachlaß seines Schuldners allein verhaftet ist.

Hiernach kann also der, im §. 127. a. a. O. gebrauchte Ausdruck: „gemeinschaftlich verpflichtet," nicht die Solidarverbindlichkeit, sondern nur so viel bezeichnen, daß sämmtliche Erben zusammen zur Berichtigung der Erbschaftsschulden verpflichtet sind, und daher auch nur zusammen darauf belangt werden können.

Eine Bestätigung hierfür findet sich in der A. G. O., die als späteres Gesetz zur Erläuterung des A. L. R. dienen kann; vgl. das Ministerial-Rescript vom 25. Februar 1799, neues Archiv von Amelang, Bd. II. S. 144. Es heißt nämlich im §. 38. Tit. 1. Th. I. derselben:

„Welche Klagen auf die Erben übergehen oder nicht, und in wie fern mehrere Miterben, wegen Forderungen oder Schulden des gemeinschaftlichen Erblassers, zusammen oder einzeln klagen, oder belangt werden können, ist nach den Vorschriften des A. L. R. zu beurtheilen (Th. I. Tit. 9. §. 482. u. flgd., Tit. 17. Abschn. II.; Th. II. Tit. 1. §. 827. u. flgd., Tit. 20. §§. 603—606. rc.)"

Denn hier ist das Wort „zusammen" synonym mit dem, im §. 127. Tit. 17. Th. I. des A. L. R. enthaltenen Worte „gemeinschaftlich" gebraucht.

Für die entgegengesetzte Auslegung des §. 127. wird ferner der Inhalt des unmittelbar auf ihn folgenden §. 128. angeführt; jedoch ohne Grund. Beide §§. sprechen von einem ganz verschiedenen Verhältnisse der Erben.

Der §. 127. bestimmt dasjenige, in welchem sie bei noch ungetheiltem Nachlasse, als Gesammt-Repräsentanten

des Erblassers gegen die Erbschaftsgläubiger stehen. Der folgende §. 128. betrachtet sie aber nicht von diesem Standpunkte aus, sondern in ihrer Qualität als Erben, und setzt das Verhältniß fest, welches unter ihnen selbst statt findet, und welches die Erbschaftsgläubiger, die ihre Befriedigung nur aus dem noch ungetheilten Nachlasse selbst zu suchen und zu erhalten haben, nicht im entferntesten berührt.

Allerdings soll der §. 128., wie das Wörtchen „aber" ergiebt, einen Gegensatz des §. 127. ausdrücken; dieser Gegensatz ist indeß nicht darin zu suchen,

daß die Erben vor der Theilung den Gläubigern gegenüber solidarisch und unter sich blos nach Verhältniß ihrer Erbtheile haften,

sondern darin,

daß sie von den Gläubigern nur gemeinschaftlich, d. h. zusammen belangt werden können, dieselben also keineswegs jeden Einzelnen, wenn auch nach Verhältniß seines Erbantheils in Anspruch zu nehmen befugt sind; daß sie aber unter sich allerdings nach diesem Verhältniß Einer dem Andern haften.

Endlich führen die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung für dieselbe noch den §. 107. a. a. O. an, welcher dahin lautet:

„Für blos persönliche Forderungen aber, die einem Dritten an sämmtliche gewesene Theilhaber zukommen, haftet bei einer weder durch Vertrag, noch durch letztwillige Verordnung entstandenen Gemeinschaft, nach erfolgter Trennung derselben, ein jeder der gewesenen Theilnehmer nach Verhältniß des empfangenen Antheils."

Sie glauben aus diesem §. den Gegensatz folgern zu können, daß bei einer, durch Vertrag oder durch letztwillige Verordnung entstandenen Gemeinschaft, nach erfolgter Tren-

nung derselben, ein jeder der gewesenen Theilnehmer, nicht blos nach Verhältniß des empfangenen Antheils, sondern für die ganze Forderung des Dritten solidarisch hafte.

Indeß kann der Vorschrift des §. 107. keine Einwirkung auf die Bestimmung der Verhältnisse der Erben eines noch ungetheilten Nachlasses gegen die Erbschaftsgläubiger zugestanden werden. Folgende erhebliche Gründe stehen entgegen:

1. Der aus dem §. 107. gefolgerte Gegensatz würde nur für Testamentserben gelten können, nicht aber für Intestaterben, weil er doch nur auf solche unter Erben statt findende Gemeinschaften anwendbar wäre, von denen der §. 107. selbst spricht, und dies sind die durch letztwillige Verordnung entstandenen. Es bliebe daher immer die Frage unentschieden, was in dieser Hinsicht bei den Intestaterben gelte?

2. Der §. 107. betrifft lediglich den Fall, daß die bestandene Gemeinschaft wieder aufgelöst worden ist. Diese Auflösung tritt bei der Gemeinschaft eines Nachlasses erst dann ein, wenn dessen Theilung unter den Erben erfolgt ist. Hier handelt es sich aber nicht darum, was nach der Erbtheilung, sondern was vor derselben Rechtens sei? und schon um deswillen läßt sich diese Frage nicht aus dem §. 107. beantworten.

Es schließt aber auch

3. das Gesetz selbst jede Anwendung des gedachten §. 107. auf die Verhältnisse der Erben gegen die Erbschaftsgläubiger ausdrücklich aus, indem es im §. 109. a. a. O. bemerkt, daß Ausnahmen und nähere Bestimmungen in Ansehung solcher Theilnehmer, deren gemeinschaftliches Eigenthum aus einem Gesellschaftsvertrage entstanden wäre, so wie in Ansehung der Miterben gehörigen Orts fest-

gesetzt worden, und dabei mit auf den Abschnitt 2. verweist, in welchen die hier auszulegenden §§. 127. u. flgd. gehören. Daraus folgt denn zugleich von selbst, daß bei Abfassung des §. 107. die Absicht nicht dahin ging, durch denselben über die Verhältnisse der Erben gegen die erbschaftlichen Gläubiger etwas zu bestimmen, daß man vielmehr nur die Anwendbarkeit dieses §. auf die, durch Vertrag oder letztwillige Verordnung entstandene Gemeinschaft ausschließen wollte.

Aus allen diesen Gründen ist die vorliegende Streitfrage, den gesetzlichen Vorschriften zufolge, im Allgemeinen nur dahin zu beantworten, daß, so lange die Theilung eines, auf mehrere Erben verfällten Nachlasses noch nicht erfolgt ist, kein einzelner Miterbe für die erbschaftlichen Schulden solidarisch verhaftet ist.

Zu gleichem Resultate gelangt man, wenn man den Grund näher ins Auge faßt, weshalb zwischen den mehreren Arten der Erbtheilung unterschieden wird.

Daß der Gesetzgeber die rechtlichen Verhältnisse mehrerer Miterben gegen die Erbschaftsgläubiger in dem Fall, in welchem der Nachlaß noch gar nicht, oder doch nur erst nach vorgängiger, gehöriger Bekanntmachung an die Gläubiger getheilt worden, anders habe stellen wollen, als in dem Fall, in welchem die Erbschaft schon getheilt, und diese Theilung ohne vorgängige Bekanntmachung hinter dem Rükken der Gläubiger von den Erben vorgenommen ist, kann nicht bestritten werden. Eben so wenig läßt es sich bezweifeln, daß das Verhältniß der Erben, welche sich in den Nachlaß theilen, ohne dies den Erbschaftsgläubigern vorher gehörig bekannt zu machen, gleichsam als Strafe, ein härteres sein sollte, als das Verhältniß der Erben, die sich in die Erbschaft entweder noch gar nicht, oder doch nur

erst

erst nach vorgängig erfolgter Bekanntmachung getheilt haben. Denn die Theilung, ohne die vorgeschriebene vorgängige Bekanntmachung, ist mindestens als ein Versehen zu betrachten, dessen sich die Erben gegen die Gläubiger, möglicher Weise zu großer Beeinträchtigung der Rechte derselben, schuldig machen. Der Unterschied zwischen denjenigen Erben, welche den Nachlaß entweder noch nicht, oder doch erst nach vorgängiger gehöriger Bekanntmachung getheilt haben, und denen, welchen bei der Theilung ein Versehen zur Last fällt, liegt, dem Gesetz zufolge, nur darin, daß die Letztern, und nicht die Erstern, es sich gefallen lassen müssen, wenn der Erbschaftsgläubiger nicht von ihnen insgesammt seine Forderung bezahlt verlangt, auch nicht von jedem Einzelnen von ihnen eine Quote derselben nach Verhältniß seines Erbantheils, sondern nur einen der Erben, welchen er für den zahlungsfähigsten erachtet, vor den andern erwählt, und diesen allein wegen Berichtigung seiner ganzen Forderung, so weit dessen Erbantheil dazu hinreicht, in Anspruch nimmt. Sollte nun aber diese Berechtigung, den einzelnen ausgewählten Miterben für das Ganze der Forderung allein in Anspruch nehmen zu können, dem Erbschaftsgläubiger auch dann zustehen, wenn eine Erbtheilung noch gar nicht statt gefunden hat: so wären in den §§. 127—141. a. a. O. nicht drei Fälle zu unterscheiden gewesen, vielmehr hätte es völlig genügt, ein für allemal im Allgemeinen zu bestimmen, daß mehrere Miterben den Erbschaftsgläubigern nicht blos gemeinschaftlich zur Bezahlung der erbschaftlichen Schuld verpflichtet wären, sondern daß auch jeder einzelne Miterbe dafür nach Verhältniß seines Erbantheils, und sogar solidarisch bis zum vollen Betrage seiner Erbquote, haften sollte, und von dieser Regel hätte es dann nur für den einzigen

Fall einer Ausnahme bedurft, daß die Erben die bevorstehende Theilung gehörig bekannt gemacht hätten.

Es bleibt indeß noch eine zweite Streitfrage zu beantworten.

Zuweilen tritt nämlich der Fall ein, daß von mehreren Miterben nur Einer oder Einige die Erbschaft ohne Vorbehalt, die übrigen aber unter der Rechtswohlthat des Inventars antreten, und hier fragt es sich:

ob die Erbschaftsgläubiger bei noch ungetheiltem Nachlaß nicht berechtigt sein dürften, wenigstens von den Erben ohne Vorbehalt, die Bezahlung ihrer ganzen Forderung, auch wenn sie die Erbrate derselben übersteigt, solidarisch zu fordern.

Es ist indeß schon oben ausgeführt worden, daß die Frage:

ob mehrere Miterben für die ganze Forderung oder blos für einen Theil und für welchen haften,

ganz verschieden und unabhängig sei von der Frage:

ob ein Erbe blos mit dem, was er ererbt hat, oder auch mit seinem eigenen Vermögen und mit seiner Person hafte?

Bei dieser Verschiedenheit beider Fragen, welche zu ganz von einander gesonderten Rechtsmaterien gehören, kann denn auch selbstredend die Art der Verhaftung mehrerer Miterben, sie mögen nun, je nach den Umständen jeder nach Verhältniß seines Erbtheils, oder jeder Einzelne für das Ganze haften, dadurch, daß sie die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten haben, nicht verändert werden; vielmehr hat dies nur die Folge, daß, wenn zur Berichtigung des Betrages, für welchen sie aufkommen müssen, dasjenige nicht hinreicht, was sie als Erbtheil erhalten haben, sie den fehlenden Betrag aus eigenen Mitteln zulegen müssen.

Es läßt sich daher auch nicht behaupten, daß vor der

Theilung Erben um deswillen, weil sie die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten haben, sollen solidarisch, ein jeder für das Ganze, belangt werden dürfen.

Unmöglich kann man annehmen, daß ein Miterbe durch die Abgabe der Erklärung, die Erbschaft ohne Vorbehalt anzutreten, zugleich die Mitverpflichtung seiner Miterben habe übernehmen wollen; seine Absicht ging vielmehr, allem Vermuthen nach, nur dahin, im Verhältniß seines Erbantheils als Erbe ohne Vorbehalt zu gelten, d. h. zwar mit seinem eigenen Vermögen für die Nachlaßschulden aufzukommen, jedoch nur für den Theil der letzteren, den er nach Verhältniß seiner Rate zu vertreten hat; mit anderen Worten: der Erbe wollte über den Betrag seines Erbantheils hinaus dem Erbschaftsgläubiger nur so weit verhaftet sein, als er dies in dem Falle sein würde, wenn sämmtliche Erben den Nachlaß ohne Vorbehalt angetreten hätten.

Mit diesem Grundsatz, daß von mehreren Erben auch diejenigen, welche die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten haben, nur nach Verhältniß ihrer Erbquote für die Nachlaßschulden haften, steht keine gesetzliche Vorschrift in Widerspruch, namentlich nicht die §§. 418. 419. Tit. 9. und §. 134. Tit. 17. Th. I. des A. L. R.

Zwar wird in den angeführten Stellen des Tit. 9. Th. I. festgesetzt, daß der Erbe ohne Vorbehalt für alle, an die Erbschaft zu machenden Forderungen haften müsse. Allein diese Vorschriften, welche nur eine allgemeine Bestimmung über die Folgen des Antritts einer Erbschaft ohne Vorbehalt enthalten, berücksichtigen diejenigen besonderen Verhältnisse nicht, die daraus entspringen, wenn mehrere Erben an einer Erbschaft Theil nehmen, und die Nachlaßgläubiger gegen diese mehreren Erben oder gegen einzelne derselben ihre Ansprüche geltend

machen wollen; für diese Verhältnisse entscheiden vielmehr lediglich die Vorschriften des 2. Abschn. im 17. Tit. a. a. O., als des eigentlichen Sitzes der Materie, wie denn auch bereits mehrfach darauf aufmerksam gemacht ist, daß die Frage: mit welchem Vermögen die Erben haften, ganz verschieden sei von der, für welchen Theil einer Forderung sie aufkommen müssen.

Der §. 134. Tit. 17. a. a. O. dagegen enthält, wie dies ebenfalls schon oben näher ausgeführt ist, nur eine Anwendung der, in den §§. 418. 419. 427. und 423. Tit. 9. ebend. ausgesprochenen Grundsätze auf den Fall, wenn einer von mehreren Erben nach der Vorschrift des vorhergehenden §. 131. Tit. 17. auf das Ganze belangt werden darf, und spricht aus, in wie fern der in Anspruch genommene Erbe, wenn jener Fall vorliegt, über den Betrag seines Erbtheils, also mit seinem eigenen Vermögen, aufkommen müsse oder hierzu nicht verpflichtet sei, je nachdem er Erbe mit oder ohne Vorbehalt ist; darüber aber: unter welcher Voraussetzung denn nun jener Fall eintritt, d. h. einer mehrerer Erben für das Ganze belangt werden dürfe — ist die Bestimmung, wie gedacht, im §. 131. enthalten; der §. 134. hat über diese Frage durchaus nichts bestimmen wollen; es kann mithin auf denselben auch kein Gewicht gelegt werden, wenn beurtheilt werden soll, ob ein Erbe für eine Nachlaßschuld ganz oder nur für einen Theil derselben hafte.

Die Frage endlich:

> ob bei ungetheiltem Nachlaß der Miterbe ohne Vorbehalt dem Gläubiger auf die ganze Forderung, ohne Rücksicht auf die Höhe der Erbquote, nicht alsdann verhaftet sei, wenn sämmtliche Erben die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten haben?

ist nach den nämlichen leitenden Grundsätzen zu entscheiden, und beantwortet sich nach diesen von selbst dahin, daß auch in dem vorausgesetzten Falle bei noch nicht erfolgter Nachlaßtheilung, jeder einzelne Miterbe dem Gläubiger ohne Vorbehalt nicht solidarisch, sondern nur nach Verhältniß seines Erbantheils aufzukommen braucht, da es auf die Verpflichtung eines Erben ohne Vorbehalt gegen den Nachlaßgläubiger keinen Einfluß haben kann, ob jener der einzige Erbe ist, der die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten hat, oder ob dies auch von allen seinen Miterben geschehen ist.

Eben so versteht es sich nach dem §. 127. Tit. 17. a. a. O. bei dessen richtiger, oben näher begründeten Auslegung von selbst, daß, wenn auch alle Erben die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten haben, der Gläubiger sie vor der Theilung, eben so wie in den Fällen, wenn sie Alle Beneficial-Erben, oder die Einen Erben mit und die Andern Erben ohne Vorbehalt sind, nur zusammen, nicht einzeln verklagen kann.

№ 33.

Erbe. Activum. Nachlaßtheilung. Schuldurkunde. Cession.

Nach getheilter Erbschaft kann der Schuldner an denjenigen Erben, welcher sich im Besitze der, über eine Nachlaßforderung sprechenden Schuldurkunde befindet, sicher zahlen, wenn gleich von demselben eine

Cession oder Überweisung Seitens der übrigen Miterben nicht vorgelegt wird [1]).

A. L. R. Th. I. Tit. 17. §§. 152. 153. [2]).

---

1) Vgl.

I. Die, auch in dem Erkenntniß des Königl. Geheimen Ober-Tribunals in Bezug genommenen Motive zu dem, bei der jetzigen Gesetz-Revision vorgelegten Entwurf der, das Erbrecht betreffenden Gesetze (Pensum XVI.) S. 233. 234., wo es heißt:

„In Hinsicht der zur Erbschaft gehörenden Activforderungen ist die Bemerkung gemacht, daß der §. 152. d. T. (Tit. 17. Th. I. A. L. R.), nach welchem der Schuldner nach getheilter Erbschaft an denjenigen Erben sicher zahlen kann, welcher sich im Besitz des, über die Forderung sprechenden Documents befindet, mit den Vorschriften des A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 394. und Tit. 13. §. 105. 120. und 123. im Widerspruch stehe. Die Bemerkung ist richtig; denn nach letzteren Gesetzen ist weder der bloße Besitz des Schulddocuments, noch eine vermuthete Vollmacht bei Erhebung fremder Forderungen zur Legitimation hinreichend.

Die Materialien ergeben, daß die Verfasser des A. L. R. auch bei diesem Punkte verschiedene Ansichten gehabt haben. In dem, im XXV. Bande der Materialien befindlichen Entwurf war dieser Gegenstand übergangen, und Suarez bemerkte daher (Bl. 218.) bei Revision desselben: es werde noch irgend wo der Satz zu inseriren sein, daß auch nomina activa ipso jure divisa sunt, und daß also ein Erbschaftsschuldner von mehreren Miterben jedem nur für seine Rate zahlen könne und dürfe. Es kommen, fährt er fort, dabei noch verschiedene Fragen vor, die einer Erörterung bedürfen.

1. Ist der Debitor schuldig, sich an einen einzelnen Miterben assigniren zu lassen?

2. Was hat der Debitor zu thun, wenn er zahlen will, und die Erbschaftsraten noch nicht ausgemittelt sind?

3. Ist ein solcher Debitor schuldig, einem jeden Erben seine rata ins Haus zu schicken? oder kann er nicht dem sicher zahlen, der ihm das Schuldinstrument producirt? Letzteres wünsche ich gesetzlich bestimmt zu sehen, weil aus dem bisher angenommenen Gegentheil gar zu viel Weitläufigkeiten bei der Legitimation entstehen.

Die Eheleute Michael und Catharine Dummasch verkauften ihr, in Pokraken № 28. belegenes Zinsgut ver-

---

Darunter ist bemerkt:

„Auch nomina activa sind nicht mehr ipso jure divisa. Sobald die Erbschaft getheilt ist, kann ich an den zahlen, der das Instrument producirt. Ist kein Instrument vorhanden, so muß ich an sämmtliche Erben oder ad depositum zahlen. Assignation aber muß ich mir gefallen lassen."

Nach diesem Beschlusse wurden die §§. 301—310. des gedruckten Entwurfs Th. II. Tit. VI. abgefaßt; da diese aber von mehreren Seiten angegriffen wurden, so bemerkte Suarez in der revisio monitorum zu deren Vertheidigung Folgendes:

„Gegen die §§. 308. und 309. enthaltene Aufhebung des Satzes: quod nomina hereditaria activa ipso jure sint divisa, haben sich viele Monenten erklärt. Sie wollen es dabei lassen, daß jeder Erbe ein Erbschaftsactivum pro rata hereditaria einziehe, und der Debitor an jeden seine ratam sicher zahlen könne. Dagegen halten sie es für äußerst bedenklich, daß der bloße Besitz des Instruments einen einzelnen Gläubiger zur Erhebung des Ganzen hinlänglich legitimiren solle. Ein Erbe könne ja auf mancherlei Art zum Besitze des Instruments gelangt sein, ohne daß just die ganze Forderung auf ihn übertragen worden; er könne also durch die Einziehung des Ganzen seinen Miterben sehr präjudiciren. Wenigstens müsse bei eingetragenen Posten auf die Legitimation gesehen werden.

Aber auch hier würde ich dem Entwurfe simpliciter inhäriren. Es treten eben die Gründe ein, wie bei den passivis hereditariis. So wenig dem Erbschaftsgläubiger statt Eines viele Schuldner, so wenig können dem Erbschaftsschuldner statt Eines viele Gläubiger aufgedrungen werden. Die Erben haben nicht mehr Recht, als der Erblasser. Dieser konnte seinen debitorem nicht zwingen, an Mehrere auf seine Assignation Particular-Zahlungen zu leisten, eben so wenig kann diese Befugniß den Erben eingeräumt werden. Warum sollte es übrigens zur Legitimation nicht hinreichend sein, wenn Jemand nachweist, daß er Erbe des creditoris sei, und daß er das Instrument in Händen habe? Er hat possessionem titulatam für sich, und man muß ein delictum präsumiren, wenn man annehmen will, daß er dem ohnerachtet zur Einziehung des Ganzen nicht befugt sei. Werden die Miterben dadurch verkürzt, so ist solches blos ihre eigene Schuld. Denn da sie sich doch um die Erbschafts-

möge Contracts vom 17. November 1812 an ihren Sohn Michael für 1833 Thlr. 10 Sgr. Das Kaufgeld ward

---

Activa bekümmern müssen, so sind sie doch in imputabili negligentia, wenn sie einem von ihnen, der zur Einziehung des Ganzen nicht befugt ist, das Instrument in Händen lassen, ohne den debitorem zu warnen. Die großen Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten, welche, wie die tägliche Erfahrung lehrt, besonders bei dem Hypothekenwesen daraus entstehen, daß man nach 30, 40 und mehreren Jahren, der bisherigen Theorie gemäß, annoch Nachweisungen fordert, daß der Erbe, welcher das Instrument quittirt und in die Löschung consentirt hat, alleiniger Erbe gewesen, und ihm die Post bei der Theilung zugefallen sei, machen es nothwendig, die Sache zu erleichtern, und den debitorem durch die Sorglosigkeit der Erben nicht in Verlegenheit und Kosten zu setzen."

II. Suarez, amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des A. L. R., Jahrbücher Bd. XLI. S. 56. 57., welche in dem Erkenntnisse des Königl. Geheimen Ober-Tribunals gleichfalls allegirt werden. Es heißt hier:

„Diese §§. (151. 158. Tit. 17. Th. I.) weichen von der Römischen Theorie, wonach auch nomina activa hereditaria ipso jure divisa sind, ebenfalls ab. — Man kann dem debitori hereditario, der nur mit einem Manne contrahirt, und nur an Einen das Ganze zu zahlen hatte, nicht anmuthen, sich statt dessen mit zehn und mehr Personen einzulassen, und sich den Unbequemlichkeiten und Kosten so vieler Particular-Zahlungen zu unterziehen. Auch ist hier die Praxis schon jetzt mit der im Gesetzbuch angenommenen Theorie ziemlich conform."

III. Mathis, juristische Monatsschrift Bd. VIII. S. 386.

IV. Merckel, Commentar zum A. L. R. 2te Ausg. Bd. I. S. 953. (zum §. 151. Tit. 17. Th. I.), welcher bemerkt:

„Das factum der Theilung muß sich der Schuldner von dem Miterben beweisen lassen. Wird ihm aber Beweis verschafft, dann wird er gewöhnlich auch zugleich erfahren, wem das Activum zugetheilt ist, und sorglos würde er nunmehr den Besitzer des Instruments blos als Besitzer, in Gemäßheit des §. 152., für legitimirt annehmen.

V. Grävell, Commentar zu den Creditgesetzen Bd. III. S. 203. Note **), welcher der Meinung von Merckel beitritt.

im §. 2. des Contracts bis auf 800 Thlr. für belegt angenommen, und diese Summe für die Verkäufer, gegen fünf Prozent Zinsen und halbjährige Kündigung, unter der Benennung: „Pflege-Capital," auf dem Gute eingetragen. Nach dem Tode des Michael Dummasch, des Vaters, wurde in dem, über seinen Nachlaß am 13. Februar 1815 gerichtlich abgeschlossenen Erbrecesse für seinen Sohn Christoph ein väterliches Erbgut von 107 Thlrn. 21 Sgrn. 11 Pfn. festgestellt, und der genannte, so wie die übrigen Erben mit ihren ermittelten Erbtheilen auf jenes, bei dem Michael Dummasch, dem Sohne, ausstehende sogenannte

---

VI. Bielitz, Commentar zum A. L. R. Bd. III. S. 743. № 2. und 4.

VII. Klein, System des Preuß. Civilrechts, herausgegeben durch von Rönne, 1ste Ausg. Bd. I. S. 476. (2te Ausg. Bd. I. S. 454.)

VIII. Crelinger, System des Preuß. Erbrechts S. 240. 241.

IX. Justiz-Ministerial-Rescript vom 26. Februar 1836. (Jahrbücher Bd. XLVII. S. 376—378.).

X. Hinschius, Setzt die Vorschrift des §. 152. Tit. 17. Th. I. des A. L. R. — — eine besondere Anweisung und Cession der Forderung Seitens der übrigen Miterben voraus oder nicht? in der juristischen Wochenschrift, Jahrgang 1836. S. 761—767.

XI. Koch, die Lehre vom Übergange der Forderungsrechte S. 25. 26.

XII. Bornemann, systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts Bd. VI. S. 513—515.

XIII. Von Kräwel, über die Vorschriften des A. L. R., daß die zur Erbschaft gehörenden Activforderungen von den Erben, so lange sie im Miteigenthume stehen, nur gemeinschaftlich eingezogen werden können, nach getheilter Erbschaft aber der Schuldner an denjenigen Erben sicher zahlen darf, welcher sich im Besitz des, über die Forderung sprechenden Instruments befindet; in der juristischen Wochenschrift, Jahrgang 1839. S. 469—477. D. H.

2) Vgl. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §§. 63. 64. D. H.

Pflege-Capital angewiesen. Eine Abzweigung der, auf dem Gute eingetragenen Original-Schuldurkunde über 800 Thlr. auf Höhe des, dem Christoph Dummasch davon überwiesenen Betrages erfolgte nicht, und eben so wenig eine Subingrossation im Hypothekenbuche. Michael Dummasch, der Sohn, verkaufte späterhin das verpfändete Grundstück laut Contractes vom 8. November 1832 an Johann Szameitat. Unterm 8. Mai 1833, also nachdem jener Verkauf bereits statt gefunden hatte, strengte Christoph Dummasch wegen seines väterlichen Erbtheils gegen seinen Bruder Michael einen Proceß an, und erlangte auch ein, den Letzteren zur Zahlung von 107 Thlrn. 21 Sgrn. 11 Pfn. nebst Zinsen verurtheilendes Judicat, das jedoch wegen der Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners nicht vollstreckt werden konnte. Aus diesem Grunde richtete Christoph Dummasch seine Ansprüche nun an den zeitigen Besitzer des verpfändeten Grundstücks, den Johann Szameitat, und brachte gegen denselben, unter Überreichung der Original-Schuldurkunde über 800 Thlr., welche sich bis dahin in den Händen seines Bruders Michael befunden hatte, ein Mandat zur Zahlung von 107 Thlrn. 21 Sgrn. 11 Pfn. Capital nebst Zinsen in Antrag.

Das Mandat wurde erlassen; der Verklagte erhob indeß gegen dasselbe innerhalb der bestimmten Frist Einwendungen. Er erklärte zunächst den Kläger für nicht zur Sache legitimirt, weil derselbe das Mandat nur auf den Grund eines, für ihn von der Original-Schuldurkunde abgezweigten Documents auszubringen befugt sein würde, ein solches jedoch ihm nicht vorgelegt sei. Sodann aber machte er die Einrede der Zahlung, indem er behauptete, daß der Kaufpreis für das verpfändete, von ihm erkaufte Grundstück, welches er nach dem Contracte vom 8. November

1832 baar herauszahlen müssen, von ihm auch wirklich an Michael Dummasch, den Sohn, abgeführt sei, daß sämmtliche Erben Dummasch, insbesondere der Kläger, bei der Zahlung zugegen gewesen, und das Capital der 800 Thlr. unter sie vertheilt worden, auch der Kläger seinen Antheil seinem Bruder Michael in Verwahrung gegeben habe.

Nach erfolgter Beweisaufnahme verstattete die Deputation des Landgerichts zu Tilsit für den Mandats- und den summarischen Proceß in dem, am 31. Mai 1837 abgefaßten Urtel den Verklagten zum Eide darüber:

> daß er die fraglichen 800 Thlr. an den Michael Dummasch, den Sohn, im Beisein sämmtlicher Erben der Eheleute Michael und Catharine Dummasch, namentlich auch im Beisein des Klägers, Christoph Dummasch, gezahlt, daß von diesen Erben das Geld gemeinschaftlich in Empfang genommen und in Natur getheilt worden sei, und dabei der Michael Dummasch, der Sohn, den Antheil des Klägers, mit dessen Bewilligung, in Empfang genommen habe;

im Schwörungsfalle wurde das erlassene Mandat für zurückgenommen erklärt, im Nichtschwörungsfalle dagegen auf dessen Vollstreckung erkannt.

Kläger appellirte; die Deputation des Oberlandesgerichts zu Insterburg für die summarischen Processe zweiter Instanz bestätigte aber in der Sitzung vom 25. September 1837 das Urtel erster Instanz.

Wenn auch — so wird ausgeführt — aus dem Erbrecesse vom 13. Februar 1815 dem Kläger nicht nur ein persönlicher Anspruch an seinen Bruder Michael auf Zahlung der ihm überwiesenen 107 Thlr. 21 Sgr. 11 Pf., sondern auch ein Realanspruch an das verpfändete Grundstück, auf welchem die 800 Thlr. sogenannte Pflegegelder ein-

getragen worden, erwachsen ist, so ist doch dieser theilweise Anspruch des Klägers an dem eingetragenen Capital weder im Hypothekenbuche vermerkt, noch eine besondere Urkunde darüber von dem Original-Schulddocumente abgezweigt; das letztere gilt vielmehr noch auf seinen vollen Betrag von 800 Thlrn. Da nun der Nachlaß des Michael Dummasch, des Vaters, im Jahre 1815 getheilt worden war, der Miterbe Michael Dummasch, der Sohn, aber sich im Besitze der eingetragenen Obligation über 800 Thlr. befand, so konnte der Verklagte an diesen Besitzer des Documents allein gültige Zahlung leisten, oder mit ihm sich darüber verrechnen, und sich hierdurch von seiner Verpflichtung gänzlich befreien; A. L. R. Th. I. Tit. 17. §. 152. Es kommt daher nicht einmal darauf an, ob der Verklagte die Zahlungen, die er nach dem, mit dem Michael Dummasch, dem Sohne, geschlossenen Kaufvertrage übernommen hatte, und durch welche zugleich das eingetragene Capital der 800 Thlr. getilgt werden sollte, im Beisein sämmtlicher Erben des Michael Dummasch, des Vaters, und namentlich auch im Beisein des Klägers geleistet, sondern nur darauf, ob er den Michael Dummasch, den Sohn, bereits völlig befriedigt habe; daß Letzteres aber geschehen, ergiebt sich mit höchster Wahrscheinlichkeit.

Dies wird hierauf näher dargethan. —

Nunmehr legte Kläger die Nichtigkeitsbeschwerde ein. Er behauptete, abgesehen von der, dem Appellationsrichter zur Last gelegten, hier indeß nicht weiter in Betracht kommenden Verletzung wesentlicher Proceßvorschriften, daß der §. 152. Tit. 17. Th. I. des A. L. R. auf einen Fall angewendet worden, wofür derselbe nicht gegeben sei.

Das Geheime Ober-Tribunal erkannte am 18. Mai

1839, daß die eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde als ungegründet zu verwerfen.

Gründe.

Nach der Behauptung des Klägers soll der Appellationsrichter den §. 152. Th. I. Tit. 17. des A. L. R. unrichtig auf einen Fall, wofür derselbe nicht bestimmt ist, in Anwendung gebracht, und dadurch nach §. 4. № 1. der Verordnung vom 14. December 1833 einen Rechtsgrundsatz verletzt haben. Der Kläger sucht in dieser Beziehung auszuführen, daß die, von dem Verklagten geleistete Zahlung nur als Abtragung des Kaufgeldes für das Grundstück, nicht aber als Berichtigung eines erbschaftlichen Activums im Sinne des §. 152. a. a. O. zu erachten sei; auch habe der Verklagte eine Vereinigung mit Michael Dummasch, dem Sohne, wegen Verrechnung eines Theils der Kaufgelder auf das eingetragene Capital der 800 Thlr., nicht nachgewiesen, und der Letztere mithin von seiner Befugniß zur Einziehung des Capitals keinen Gebrauch gemacht; jedenfalls sei dieser seines Rechts zur Erhebung der Forderung durch Aushändigung des Schuldbocuments an ihn, den Kläger, wieder verlustig gegangen.

Diese Beschwerde ist nicht begründet.

Der vorher angeführte §. 152. Tit. 17. Th. I. des A. L. R. bestimmt wörtlich:

„Nach getheilter Erbschaft kann der Schuldner an denjenigen Erben sicher zahlen, welcher sich im Besitze des über die Forderung sprechenden Instruments befindet;"

und der §. 153. fügt hinzu:

„Wollen die übrigen Erben verhindern, daß der Besitzer des Instruments das Ganze für sich einziehe: so müssen sie dieses dem Schuldner gerichtlich bekannt machen; und

wenn die Post im Hypothekenbuche eingetragen ist, auch ihre Protestation daselbst vermerken lassen."

Es ist nun zwar in der Praxis streitig:

ob die Vorschrift des §. 152. eine besondere Anweisung und Cession der einzuziehenden Forderung an den, das darüber sprechende Instrument besitzenden Erben Seitens der übrigen Miterben voraussetze, oder nicht?

allein die letzte Alternative kann jetzt, nachdem die Materialien zum A. L. R. in Betreff dieser Materie, theils durch die Motive zu dem, bei der jetzigen Gesetz-Revision vorgelegten Entwurf der, das Erbrecht betreffenden Gesetze, Pensum XVI. S. 233. 234.[3]), theils durch Suarez, amtliche Vorträge bei der Schluß-Revision des A. L. R. (Jahrbücher Bd. XLI. S. 56. 57.[4])) veröffentlicht sind, nur für die allein richtige erachtet werden. Denn eben in Folge der, in dem §. 151. a. a. O. ausgesprochenen Aufhebung des gemeinrechtlichen Grundsatzes, daß Erbschafts-activa ipso jure getheilt sind, setzen die vorgedachten §§. 152. und 153. fest, daß der Schuldner eines Nachlaß-Activums an den Erben, der sich im Besitz des über die Forderung sprechenden Instruments befindet, alsdann mit Sicherheit Zahlung leisten kann, wenn das Verhältniß desselben als Miterbe dargethan, die Thatsache der erfolgten Nachlaßtheilung durch Vorlegung eines gerichtlichen oder notariellen Auseinandersetzungs-Recesses, oder auf andere Art nachgewiesen wird, und die übrigen Erben keine Protestation zur Verhinderung der Disposition darüber im Hypothekenbuche haben eintragen lassen.

Im vorliegenden Falle war nun der Verklagte da-

3) Vgl. Note 1) № I.
4) Vgl. daselbst № II.

durch, daß er ein Grundstück erkauft hatte, auf welchem für die Eheleute Dummasch das sogenannte Pflege-Capital von 800 Thlrn. eingetragen stand, Realschuldner ihrer Erben geworden, d. h. diesen, so weit das Pfand reichen würde, zu haften verpflichtet; A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 50. Er hatte aber das in Rede stehende Capital nicht auf Rechnung der Kaufgelder übernommen, sondern die vollständige Auszahlung der letzteren versprochen, um hierdurch das erkaufte Grundstück von jener Hypothek zu befreien. Diesen Zweck konnte er durch eine allein an seinen Verkäufer, als Dummaschschen Miterben, geleistete Zahlung nur dann erreichen, wenn der Verkäufer in seiner Eigenschaft als Erbe zur alleinigen Disposition über das, aus dem zu zahlenden Kaufgelde zu tilgende Ingrossat legitimirt war. Diese Legitimation erlangte der Michael Dummasch nach getheilter Erbschaft durch den Besitz des, über die Forderung sprechenden Documents. Da nun das Verhältniß desselben als Miterbe unbestritten feststeht, nicht minder der gerichtliche Auseinandersetzungs-Receß vom 13. Februar 1815 die Thatsache der erfolgten Nachlaßtheilung ergiebt, die übrigen Erben auch eine Protestation zur Verhinderung einer Disposition von Seiten des Michael Dummasch im Hypothekenbuche nicht haben eintragen lassen, und es endlich selbstredend ohne Einfluß ist, daß der Letztere, der bis zur gegenwärtigen Klage sich im Besitze des Documents über die Forderung befand, dasselbe jetzt wieder an den Kläger herausgegeben: so hat auch der Appellationsrichter den §. 152. a. a. O. auf den vorliegenden Fall richtig angewendet.

№ 34.

Vorbedungene Zinsen. Quittung. Zahlung. Vermuthung.

Die, über die Zahlung eines Capitals ohne Vorbehalt ausgestellte Quittung begründet zu Gunsten des Schuldners nur die Vermuthung, daß die vorbedungenen Zinsen bezahlt oder erlassen sind; der Nachweis des Gegentheils wird durch diese Vermuthung nicht ausgeschlossen.

A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 843.; vgl. ebend. §§. 844. 845. 847., Tit. 16. §§. 105. u. flgd.

Thecla von J. hatte aus dem Erbrecesse vom 30. Mai 1828 von ihrer Schwester, der Wittwe von K., ein Capital von 15,000 Thlrn. zu fordern, welches vertragsmäßig mit fünf Procent zu verzinsen war. Auf das Capital selbst ward von der Wittwe von K. im Jahre 1829 eine Theilzahlung mit 1000 Thlrn. geleistet, der Rest von 14,000 Thlrn. aber am 21. December 1833 abgetragen, und in der, an diesem Tage von der Thecla von J. ausgestellten Quittung anerkannt, daß sie von ihrer Schwester 15,000 Thlr., als ihr Erbtheil aus dem Erbvertrage vom 30. Mai 1828, richtig ausgezahlt erhalten habe. Der Zinsen geschieht in dieser Quittung keine Erwähnung, so wie denn auch darin namentlich ein Vorbehalt weder überhaupt, noch insbesondere hinsichtlich rückständig verbliebener Zinsen enthalten ist. Nach der Behauptung der Thecla von J. sollen jedoch bei der Zahlung des Restcapitals von 14,000 Thlrn. die

die Zinsen hiervon seit Johannis 1832 wirklich noch rückständig gewesen und auch seitdem nicht berichtigt worden seien; sie forderte daher deren Zahlung von den Erben der inzwischen verstorbenen Wittwe von K., indem sie zugleich den Zeugenbeweis darüber antrat, daß nach ausdrücklicher Abrede mit der Wittwe von K. die Zahlung zunächst auf das Capital geleistet, und eben deshalb die Quittung über das letztere ausgestellt worden; daß ferner bei Ausstellung der Quittung die geforderten Zinsen wirklich noch rückständig gewesen, dieser Rückstand auch von der Erblasserin der Verklagten bei und nach Ausstellung der Quittung anerkannt sei, und die von K. sich zur Zahlung der Zinsen verpflichtet erklärt habe.

Von Seiten der Verklagten ward der behauptete Zinsrückstand bestritten, und dem Anspruche insbesondere der Einwand entgegengesetzt, daß die Klägerin über das Capital selbst ohne Vorbehalt quittirt habe, deshalb nach §. 843. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. die Zinsen für bezahlt oder erlassen anzunehmen seien, und hiergegen ein Zeugenbeweis nicht statt finde, die Klägerin auch nur einen mündlich gemachten Vorbehalt wegen der Zinsen behaupte, auf welchen es bei dem Vorhandensein der schriftlichen Quittung nicht ankomme.

Dieser Ansicht trat der erste Richter, das Oberlandesgericht zu Bromberg, im Wesentlichen bei, und erkannte deshalb unter dem 6. Juli 1836 auf Abweisung der Klägerin.

Diese appellirte, und das Ober-Appellationsgericht zu Posen, welches die Meinung des ersten Richters nicht theilte, veranlaßte die Aufnahme des Beweises über die, von der Klägerin behaupteten Thatsachen. Hiernächst wurden in dem Erkenntnisse vom 24. September 1838 die Anführungen der Klägerin für so weit dargethan

angenommen, um derselben einen Eid dahin auferlegen zu können,

daß bei Ausstellung der Quittung vom 21. December 1833 über ihr väterliches Erbtheil von 15,000 Thlrn. noch die Zinsen von 14,000 Thlrn. seit Johannis 1832 rückständig gewesen seien, und die Erblasserin der Verklagten sich ausdrücklich verpflichtet habe, die Zinsen von 14,000 Thlrn. für den Zeitraum von Johannis 1832 bis Weihnachten 1833 nachträglich an die Klägerin zu berichtigen;

im Schwörungsfalle wurden die Verklagten zur Zahlung der eingeklagten Zinsen verurtheilt, für den Nichtschwörungsfall dagegen das erste Urtel bestätigt.

Gegen diese Entscheidung wandten die Verklagten die Revision ein, und brachten die Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses in Antrag; das Geheime Ober-Tribunal bestätigte jedoch in dem, unter dem 11. Mai 1839 abgefaßten Erkenntnisse das Appellationsurtel aus folgenden

Gründen.

Die Auslegung, welche die Verklagten und mit ihnen der erste Richter von dem §. 843. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. machen, ist nicht für richtig anzuerkennen.

Der §. 843. befindet sich unter den Vorschriften wegen Bezahlung der vorbedungenen Zinsen von Darlehnen. Im §. 842. ebend. wird zu Gunsten des Schuldners die Vermuthung aufgestellt, daß, wenn der Gläubiger über den letzten Zinstermin ohne Vorbehalt quittirt habe, auch die vorhergehenden Termine berichtigt seien. Hieran schließt sich der §. 843. an, welcher wörtlich lautet:

„Ist über das Capital selbst ohne Vorbehalt quittirt worden, so sind die vorbedungenen Zinsen für bezahlt oder erlassen zu achten."

Schon die Verbindung, in welcher der §. 843. mit dem unmittelbar vorhergehenden §. steht, mehr aber noch die Wortfassung führt darauf hin, daß in dem §. 843. lediglich eine, zu Gunsten des Schuldners gereichende Vermuthung aufgestellt ist. Es wird keinesweges gesagt, daß dergleichen Zinsen nicht nachgefordert werden können, welchen Ausdruck das Gesetz in den §§. 845. und 847. gebraucht; es wird vielmehr nur ausgesprochen, daß die Zinsen für bezahlt oder erlassen zu achten seien; es soll also vermuthet werden, daß die Zinsen gezahlt oder erlassen sind [1]). Eine solche Vermuthung schließt aber, wie von selbst folgt, keinesweges den Nachweis des Gegentheils aus. Dies ergiebt sich auch auf das Unzweideutigste, wenn auf den Grund des Gesetzes zurückgegangen wird. Wenn der Gläubiger über den Empfang des Capitals, also über das Principale, quittirt und dadurch das bisher obwaltende Schuldverhältniß als aufgelöst anerkennt, so ist nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge das ganze Geschäft, mithin auch hinsichtlich der Zinsen — des Accessoriums des Ca-

1) Für diese Auslegung des §. 843. spricht auch die Verbindung, in welche derselbe mit dem unmittelbar nachfolgenden §. 844. gesetzt ist. Dieser §. lautet:

„Dagegen folgt aus einer ohne Vorbehalt ausgestellten Quittung über das Capital so wenig, als aus der Rückgabe des Schuldscheins die erfolgte Zahlung oder Erlassung der, von dem Richter zuerkannten Verzugszinsen.“

Nach der Fassung desselben, insbesondere weil hier nur von der Folgerung einer Thatsache aus der andern die Rede ist, kann darüber kein Zweifel obwalten, daß der §. 844. blos eine factische Vermuthung beseitigen will. Da nun die Vorschrift desselben durch das Anfangswort: „dagegen“ als ein Gegensatz zum §. 843. bezeichnet ist, so wird hierdurch die Annahme, daß der letztere auch nichts weiter, als eine factische Vermuthung aufstellt, unterstützt.

D. H.

pitals — um so mehr für abgemacht anzusehen, als, der Regel nach, jede Zahlung zunächst auf die Zinsen abgerechnet wird; nach erfolgter Tilgung des Capitals mithin ein Zinsrückstand präsumtiv nicht mehr vorhanden ist. Das Gesetz will demnach in der, ohne Vorbehalt geleisteten Quittung über das Capital das stillschweigende Anerkenntniß gefunden wissen, daß auch die vorbedungenen Zinsen getilgt seien. Wenn nun aber nach den §§. 105. u. flgd. Tit. 16. Th. I. des A. L. R. sogar gegen das ausdrückliche schriftliche Bekenntniß der empfangenen Zahlung der Nachweis des Gegentheils gestattet ist, so folgt von selbst, daß ein solcher Nachweis noch weit mehr gegen ein blos stillschweigendes, nur aus concludenten Handlungen abgeleitetes Anerkenntniß zugelassen werden muß.

In dem vorliegenden Falle tritt hinzu, daß, wenn sich das Sachverhältniß wirklich so verhält, wie die Klägerin behauptet, die Verklagten sich offenbar in dolo befinden würden, wenn sie daraus, daß die, über das Capital ausgestellte Quittung einen Vorbehalt hinsichtlich der Zinsen nicht enthält, den Einwand entnehmen wollen, daß die Zinsen bezahlt oder erlassen seien, da die, zwischen der Klägerin und der Erblasserin der Verklagten getroffene Abrede gerade dahin gegangen sein soll, daß die, von der Letzteren zu Weihnachten 1833 geleistete Zahlung nicht auf die rückständigen Zinsen, sondern auf das Capital angerechnet werde, und dieser Abrede gemäß die Quittung ausgestellt worden. Von den Verklagten ist zwar behauptet, daß es bei der schriftlich ausgestellten Quittung auf einen mündlich gemachten Vorbehalt nicht ankomme; dies ist indeß unrichtig. Es handelt sich hier nicht um einen Vertrag; ein solcher liegt in der Quittung nicht; diese ist vielmehr nur das Anerkenntniß einer Thatsache. Eben deshalb muß aber das in

der Quittung enthaltene Bekenntniß der Wahrheit weichen, wenn dargethan werden kann, daß sich die Thatsache anders verhält, als der Inhalt der Quittung besagt. —

Hierauf wird ausgeführt, daß durch die Aussage der vernommenen Zeugen die, von der Klägerin behaupteten Thatsachen so weit erwiesen worden, daß auf einen Erfüllungseid zu erkennen gewesen sei.

№ 35.

Rechnungslegung. Verwalter. Bevollmächtigter. Verjährung durch Nichtgebrauch.

I. Die fünfjährige Frist, binnen welcher von einem Verwalter Rechnungslegung zu fordern ist, widrigenfalls dieselbe für erlassen erachtet werden soll, ist als eine Art der Verjährung durch Nichtgebrauch anzusehen [1]).

---

1) Vgl.

I. Motive zu dem, bei der jetzigen Gesetzrevision vorgelegten Entwurf der Tit. 2. 7. 8. 9. Abschn. 1—7. und 9., Tit. 10. und 15. Th. I. A. L. R.; hier heißt es S. 117. 118.:

„Jetzt ist es hingegen eine, beinahe auf allen Lehrstühlen anerkannte Wahrheit, daß die Verjährung der Klagen (temporalis exceptio gegen eine actio) etwas von der Verjährung als Erwerbungsart durch Besitz (usucapio, longi temporis praescriptio, Ersitzung) ganz Verschiedenes ist. — — — In sehr vielen, bei andern Rechtsmaterien vorkommenden Fristbestimmungen zeigt sich uns nichts anders, als eine temporalis exceptio gegen eine Klage, in manchen andern Fällen ein Erwerb durch Besitz. Zu der erstern Gattung gehören die Zeitbestimmungen bei den Klagen auf Gewährleistung (A. L. R. Th. I. Tit. 5. §§. 343—345.), beim An-

A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 158.; vgl. ebend. §§. 150. 152. 154.

II. Diese Art der Verjährung durch Nichtgebrauch wird auch durch außergerichtliches Abfordern der Rechnung unterbrochen.

---

spruch auf Schadensersatz außer dem Falle eines Vertrages (ebend. Tit. 6. §. 54.), bei der Klage auf Rechnungslegung und zur Anfechtung einer gelegten Rechnung (ebend. Tit. 14. §. 154—159)."

Hinter diesen Motiven befindet sich auch S. 195—202. eine „Zusammenstellung der, in dem A. L. R. vorkommenden Fristbestimmungen, bei welchen die Frage entsteht, ob darauf der Begriff von Verjährung anzuwenden." In dieser Zusammenstellung heißt es (S. 197.):

26. „In fünf Jahren ist eine gelegte Rechnung für abgenommen, in derselben Frist eine nicht gelegte Rechnung für erlassen zu achten (A. L. R. Th. I. Tit. 14. §§. 154—159.)";

und mit Bezug hierauf werden S. 172. alle diejenigen Fälle von Zeitbestimmungen aufgeführt, welche nicht nach den Grundsätzen von der Verjährung zu betrachten sind, darunter aber der № 26. nicht gedacht.

II. Motive zu dem Entwurf der Tit. 14. und 16. Th. I. des A. L. R., woselbst S. 14. bemerkt ist:

„Die fünfjährige Verjährungsfrist, mit deren Ablauf eine gehörig gelegte Rechnung für abgenommen, eine nicht gelegte für erlassen erachtet werden soll, — eine eigenthümliche neue Bestimmung, worauf man, nach einer Marginalbemerkung der revisio monitorum, bei Umarbeitung des gedruckten Entwurfs beinahe zufällig gekommen zu sein scheint, indem Suarez angeführt hatte, man möge, der Vollständigkeit wegen, beifügen, daß die Befugniß, Rechnungslegung zu fordern und eine noch nicht quittirte Rechnung zu moniren, erst per *praescriptionem* ordinariam erlösche — haben wir beizubehalten kein Bedenken tragen können."

Eben so sehen die, in dem §. 158. Tit. 14. Th. I. A. L. R. aufgestellte Frist für eine Verjährung durch Nichtgebrauch an:

III. Grävell, die Lehren vom Besitze und von der Verjährung S. 147. [Note **) zu §. 46.] № I. 9.

IV. Bornemann, systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts Bd. II. S. 92. u. flgd. Note **) № I. 1.

V. Thöne, systematisches Handbuch des Preuß. Privatrechts Bd. I. Abth. 2. S. 443. Note 12). D. H.

A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 158., Tit. 9. §. 561.

III. Die Befugniß eines Machtgebers, von seinem **Bevollmächtigten** über die Ausführung des Auftrags Rechenschaft zu fordern, unterliegt dieser Verjährung nicht [2]).

A. L. R. Th. I. Tit. 13. §. 61.

Der Fabrikarbeiter **Klinke** hatte, in Folge eines mit seinen Gläubigern wegen deren allmähliger Befriedigung getroffenen Übereinkommens, unterm 20. März 1828 den Justizcommissarius **Nohl** gerichtlich bevollmächtigt, seine Grundstücke auf fünf Jahre zu verpachten, in der nämlichen Verhandlung auch den Maurermeister **Becker** beauftragt, den Pachtzins von den Pächtern einzuziehen, und solchen demnächst, unter Leitung und nach Anweisung des ꝛc. **Nohl**, unter die Gläubiger zu vertheilen. Die Verpachtung der Grundstücke des **Klinke** erfolgte, und **Bekker** unterzog sich der Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Dies erreichte jedoch schon vor dem Ablaufe des zweiten Jahres seine Endschaft, indem die sämmtlichen Grundstücke subhastirt und den Käufern übergeben wurden. Unterm 12. September 1835 erhob **Klinke** gegen **Becker** auf Rechnungslegung über die Einnahme und Verwendung der eingezogenen Pachtgelder Klage. **Becker** widersprach dieser Forderung; er behauptete, dem Justizcommissarius **Nohl** bereits Rechnung gelegt zu haben, und setzte zugleich dem Kläger den Einwand der Verjährung auf Grund der §§. 154. und 158. Tit. 14. Th. I. des A. L. R. entge-

---

2) Vgl. **Bielitz**, Commentar zum A. L. R. Bd. III. S. 275. № 3. D. H.

gen, zufolge deren der Kläger, da er die Klage erst nach Ablauf von fünf Jahren seit beendigtem Geschäfte angestellt habe, jetzt weder Rechnungslegung fordern, noch Erinnerungen gegen die, dem Rohl gelegte Rechnung aufstellen könne.

Bei der hierauf veranlaßten Instruction blieb es unerörtert, ob der Kläger dem Verklagten die Rechnung innerhalb der fünfjährigen Frist nicht wenigstens außergerichtlich abgefordert hatte.

Das Land- und Stadtgericht zu Iserlohn verurtheilte den Verklagten unterm 8. April 1837 nach dem Klageantrage.

Der Verklagte appellirte und der Civil-Senat des Oberlandesgerichts zu Hamm wies unterm 26. Juni 1838, unter Abänderung des ersten Erkenntnisses, den Kläger ab. In den

Gründen

wurde angenommen:

Der Verklagte müsse als Verwalter angesehen werden, da sein Hauptgeschäft Erhebung und Aufbewahrung der Pachtgelder für die Gläubiger des Klägers im Auftrage des Letzteren gewesen sei; zwar habe der Verklagte seiner Pflicht zur Rechnungslegung noch keinesweges genügt; indeß könne der Kläger doch auch jetzt nicht mehr Rechnungslegung fordern, vielmehr habe er diese Befugniß nach §. 158. Tit. 14. Th. I. des A. L. R. verloren, weil von ihm innerhalb fünf Jahren nicht auf Rechnungslegung geklagt worden sei. Das angeführte Gesetz spreche allerdings nur von einer versäumten Abforderung der Rechnung; es könne jedoch darunter, mit Rücksicht auf die hier zur Anwendung zu bringenden Vorschriften von der Verjährung durch Nichtgebrauch, nur die unterbliebene gerichtliche Verfolgung des Anspruchs verstanden werden. —

Nunmehr erhob der **Kläger** die Nichtigkeitsbeschwerde. Er ließ die Ansicht des Appellationsrichters unangefochten, daß der vorliegende Fall nach den Vorschriften von der Verwaltung fremder Güter zu beurtheilen sei, und setzte seine Beschwerde lediglich darin, daß der Appellationsrichter den §. 158. Tit. 14. Th. I. des A. L. R. falsch ausgelegt, und in so fern einen Rechtsgrundsatz im Sinne der Verordnung vom 14. December 1833 verletzt habe. Nachdem nämlich im §. 157. des A. L. R. a. a. O. bestimmt worden, daß der Principal, wenn er dem Verwalter die Rechnungslegung erlassen habe, gegen die Verwaltung desselben nur solche Ausstellungen, die auf einen begangenen Betrug hinauslaufen, anbringen könne, verordne der §. 158.:

„Einer ausdrücklichen Erlassung ist es gleich zu achten, wenn der Principal dem Verwalter **eine Rechnung abzufordern** durch fünf Jahre vernachlässigt hat."

Auf diese Vorschrift könnten die Grundsätze von der Verjährung durch Nichtgebrauch nicht angewendet werden, vielmehr bestimme das Gesetz nur, daß und **unter welchen Voraussetzungen** hier ein **Erlaß** der Rechnungslegung vermuthet werden solle. Als Erforderniß dieser gesetzlichen Vermuthung gebe das Gesetz ausdrücklich nur das versäumte Abfordern der Rechnung an, keinesweges bestimme es aber, daß die Vermuthung auch dann eintrete, wenn zwar innerhalb jener fünf Jahre nicht die Abforderung der Rechnung unterlassen, sondern nur versäumt worden sei, diese Abforderung durch Anstellung einer Klage zu verfolgen. Wäre letzteres die Absicht des Gesetzgebers gewesen, so würde er solches ausdrücklich ausgesprochen haben, wie dies an andern Stellen, z. B. im §. 849. Tit. 9. a. a. O. bei der Verjährung der Zinsen geschehen sei, wo es heiße:

„Wer die gerichtliche Einklagung rückständig verbleibender Zinsen länger als zehn Jahre verabsäumt rc.“

Nach §. 158. könne daher die Rechnungslegung nur dann als erlassen angesehen werden, wenn der Principal dem Verwalter die Rechnung gar nicht, auch nicht einmal außergerichtlich abgefordert habe, und der Appellationsrichter, welcher das Gegentheil ausdrücklich angenommen, habe mithin die Vorschrift dieses Gesetzes verletzt.

Das Geheime Ober-Tribunal erachtete die Nichtigkeitsbeschwerde für begründet, vernichtete unterm 22. April 1839 das Appellations-Erkenntniß, und bestätigte in der Sache selbst das Urtel erster Instanz.

Gründe.

Die Beantwortung der Frage:

ob die Vorschrift des §. 158. Tit. 14. Th. I. A. L. R., welche nur von einem stillschweigenden Erlasse der Pflicht zur Rechnungslegung zu sprechen scheint, als eine Art der Verjährung durch Nichtgebrauch anzusehen sei, und die, für dieses Rechts-Institut geltenden Grundsätze mithin darauf Anwendung finden dürfen,

ist nicht ohne Bedenken; eine sorgfältige Prüfung führt indeß zur Bejahung der Frage.

Das wesentliche Merkmal der Verjährung durch Nichtgebrauch[3]) besteht darin, daß durch dieselbe ein bestimm-

3) Vgl. Bornemann, a. a. O. Bd. II. S. 96. 97., wo derselbe bemerkt:

„Der Verjährung durch Nichtgebrauch sind nur diejenigen Rechte unterworfen, durch welche ein Anderer positiv verpflichtet, in der Freiheit seiner Person oder seines Eigenthums positiv eingeschränkt wird, mithin nur Rechte auf fremdes Eigenthum und sogenannte Forderungsrechte. Denn nur der Nichtgebrauch dieser Rechte involvirt ohne weiteres eine Negligenz des Berechtigten und die Zulassung eines entgegen stehenden Besitzes des Verpflichteten. Aus-

ter Verpflichteter, einem bestimmten Berechtigten gegenüber, von einem Dulden, Geben oder Leisten dergestalt befreit wird, daß der bisherige Berechtigte die Befugniß, sein Recht gegen den Verpflichteten gerichtlich zu verfolgen, verliert, oder vielmehr dem bisherigen Verpflichteten gegen die Klage des Berechtigten die Einrede gestattet wird, wie die Verpflichtung inzwischen aufgehoben worden, diese Einrede aber nur beseitigt werden kann, wenn der Berechtigte den vollständigen Beweis führt, daß nicht nur die Verbindlichkeit fortdauere, sondern auch der Verpflichtete unredlicher Weise und gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit der Erfüllung derselben sich entziehen wolle; §. 568. Tit. 9. Th. I. A. L. R. Wo diese Merkmale bei einer in den Gesetzen bestimmten Frist, an welche der Verlust eines Rechts geknüpft ist, sich vorfinden, ist anzunehmen, daß eine wirkliche Verjährungsfrist vorhanden sei. Dagegen können nur solche Fristen zur Ausübung eines Rechts, nicht zu den Verjährungsfristen gerechnet werden [4]), wo dem Berechtigten kein bestimm-

---

geschlossen von der Verjährung durch Nichtgebrauch sind dagegen alle Rechte, durch welche andere Personen nicht positiv verpflichtet werden, welche einen, die Freiheit der Person oder des Eigenthums positiv beschränkenden Anspruch gegen Andere nicht begründen, sich vielmehr nur darin äußern, daß sie dem Berechtigten im Allgemeinen die Befugniß geben, den etwaigen Eingriffen Dritter negirend entgegen zu treten. Denn bei dergleichen Rechten kann in Bezug auf Dritte von einer Negligenz des Berechtigten, und in Bezug auf diesen von einem, seiner Befugniß entgegen stehenden Besitze Dritter erst dann die Rede sein, wenn Letztere in dieser oder jener Beziehung ein affirmatives, negatives oder Untersagungsrecht sich angemaaßt und darin während der Verjährungsfrist behauptet haben." D. H.

4) Vgl. Klein, System des Preuß. Civilrechts, bearbeitet durch von Rönne, 1. Ausgabe Bd. I. S. 274, Note 1).

ter Verpflichteter gegenübersteht, oder der Verpflichtete von keinem Dulden, Leisten oder Geben befreit wird, sondern nur von einer, an eine gewisse Zeit geknüpften gesetzlichen Befugniß Jemandes die Rede ist, deren Nichtausübung zwar für ihn den Verlust der Befugniß zur Folge hat, aber nicht zugleich einen Andern von einer Verbindlichkeit befreit. Dahin gehören z. B. das Recht, einer Erbschaft zu entsagen und das Inventarium Behufs der Erhaltung der Beneficialerben-Qualität gerichtlich niederzulegen; das Recht, eine Ehe nach entdecktem Irrthum oder Betruge als unverbindlich anzufechten; die Proceßfristen und sehr viele andere.

Bei dem, im §. 158. Tit. 14. a. a. O. erwähnten Falle sind nun alle Merkmale einer wirklichen Verjährungsfrist vorhanden. Denn dem Principal, einem bestimmten Berechtigten, steht das Recht zu, von dem Verwalter, einem bestimmten Verpflichteten, die Legung einer Rechnung, also eine Leistung, zu fordern; die Ausübung dieses Rechts aber ist in dem §. 158. an eine bestimmte Frist mit dem Beifügen gebunden, daß nach Verlauf der Frist die Leistung für erlassen, der Verpflichtete also von derselben befreit erachtet werden solle. Das Gesetz hat mithin hier nur diejenige Art der Aufhebung der Verbindlichkeit, deren Vorhandensein vermuthet werden soll, nämlich Erlaß, speciell genannt, während im §. 568. Tit. 9. a. a. O. die Wirkung der Verjährung durch Nichtgebrauch im Allgemeinen dahin festgestellt ist, daß vermuthet werden soll, die ehemals entstandene Verbindlichkeit sei in der Zwischenzeit „auf

---

Ferner die in der Note 1) unter № III.—V. angeführten Schriften, und zwar

Grävell, a. a. O. S. 142. u. flgd. [Note ***) zu §. 35.],
Bornemann, a. a. O. S. 89—95., und
Thöne, a. a. O. S. 439. u. flgd. D. H.

eine oder die andere Art" (also entweder durch Erlaß oder Zahlung, Vergleich, Novation u. s. w.) gehoben worden.

In Übereinstimmung mit dem, über den Begriff einer Verjährungsfrist Angeführten wird nun auch im §. 152. Tit. 14. a. a. O. die, im §. 150. ebend. zur Anfechtung einer quittirten Rechnung bestimmte Frist ausdrücklich eine „Verjährungsfrist" genannt; und hieraus folgt ebenfalls, daß die Frist zur Ausübung des Rechts, Rechnungslegung überhaupt zu fordern, für eine Verjährungsfrist gelten muß. Denn die letztere Frist ist nicht anderer Natur als die erstere; nach §. 150. soll in der dort bezeichneten Frist das Recht verloren gehen, an den Verwalter noch Ansprüche auf Vertretung aus seiner Verwaltung, also auf ein Geben oder Leisten, zu machen, und nach §. 158. soll das Recht, die Legung der Rechnung überhaupt, also ein Leisten, zu fordern, nach Ablauf der bestimmten Frist nicht mehr gegen den Verwalter ausgeübt werden können.

Wenn nun aber auch hiernach die im §. 158. vorgeschriebene Frist eine Verjährungsfrist ist, und deshalb den allgemeinen Grundsätzen der Verjährung durch Nichtgebrauch unterliegt, so folgt daraus noch nicht, wie der Appellationsrichter annimmt, daß der §. 561. Tit. 9. a. a. O. hier Platz greift, welcher bestimmt:

„Eine blos außergerichtliche Erinnerung ist, für sich allein, die Verjährung zu unterbrechen, noch nicht hinreichend."

Dies würde nur dann der Fall und mithin die Anmeldung der gerichtlichen Klage gegen den säumigen Verwalter zur Erhaltung des Rechts, die Rechnungslegung zu fordern, nur dann nothwendig sein, wenn nicht der §. 561. a. a. O. hier durch eine besondere ausdrückliche Bestim-

mung ausgeschlossen wäre. Dies ist nun aber der Fall; die Verpflichtung zur Rechnungslegung ist dem Verwalter schon durch das Gesetz auferlegt, und der §. 158. Tit. 14. macht den Verlust des Rechts: den Verwalter zu dieser gesetzlichen Verbindlichkeit anzuhalten, ganz ausdrücklich von dem Umstande abhängig, daß der Principal die Rechnung dem Verwalter „abzufordern vernachlässigt," folglich denselben auch nicht einmal außergerichtlich an die Erfüllung seiner gesetzlichen Pflicht erinnert, und dadurch seinen Willen, dem Verwalter die Rechnungslegung nicht zu erlassen, an den Tag gelegt hat. Sobald also der Principal innerhalb fünf Jahre von dem Tage an, wo die Rechnung hätte abgelegt werden müssen, den Verwalter wirklich aufgefordert hat, sie zu übergeben, hat er die, ihm vom Gesetz beigelegte Befugniß ausgeübt, und wo Jemand sich in der Ausübung seiner Befugniß befindet, kann von einem Eintritte der Verjährung durch Nichtgebrauch nicht die Rede sein. Nur wenn der Principal nach geschehener Aufforderung bei der nicht erfolgenden Einreichung der Rechnung sich beruhigt hätte, würde alsdann von da ab eine Verjährung durch Nichtgebrauch beginnen und ablaufen können; bei fortgesetzter Abforderung der Rechnung aber kann dem Principale die Klage gegen den säumigen Verwalter auch nach Ablauf von fünf Jahren seit dem ersten Termin zur Rechnungslegung eben so wenig versagt werden, als der Principal dadurch, daß er gegen eine gehörig gelegte Rechnung nur außergerichtlich Erinnerungen aufgestellt, und den Verwalter zur Hebung derselben aufgefordert hat, das Recht verliert, die gemachten und dem Verwalter zur Hebung mitgetheilten Erinnerungen gerichtlich zu verfolgen, wenn auch seit Einreichung der Rechnung schon fünf Jahre verflossen wären.

Der Appellationsrichter hat hiernach in der That den §. 158. a. a. O. unrichtig ausgelegt, wenn er annimmt, daß von dem Gesetzgeber unter dem darin gebrauchten Ausdruck: „die Rechnung abzufordern,“ eine förmliche Klage auf Rechnungslegung verstanden worden, und demzufolge die Meinung aufstellt, daß, nach Vorschrift des angeführten Gesetzes, die Rechnungslegung für erlassen angesehen werden müsse, wenn der Principal innerhalb fünf Jahre auf Legung der Rechnung nicht wirklich Klage angestellt habe. Dadurch ist ein, aus dem Sinne und Zusammenhange der Gesetze sich ergebender Rechtsgrundsatz verletzt, welcher nach §. 4. № 1. der Verordnung vom 14. December 1833 die Nichtigkeit der Entscheidung nach sich zieht. Hierin kann es auch nichts ändern, daß bei der Instruction nicht erörtert worden, ob der Kläger innerhalb der gesetzlichen Frist den Verklagten auch wirklich ausdrücklich zur Rechnungslegung aufgefordert habe. Denn es ist eben so wenig das Gegentheil festgestellt, und der Appellationsrichter hat, ohne sich über diesen Umstand zu äußern, denselben auf Grund seiner unrichtigen Ansicht augenscheinlich für ganz unerheblich gehalten. Seine Entscheidung gründet sich lediglich auf die unrichtige Auslegung der gesetzlichen Vorschrift des §. 158. a. a. O., und dies ist zur Vernichtung derselben hinreichend.

In der Sache selbst mußte auf die Appellation des Verklagten das erste, denselben zur Rechnungslegung verurtheilende Erkenntniß bestätigt werden.

Das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß wird durch die gerichtliche Verhandlung vom 20. März 1828 begründet, deren Inhalt daher die nächste Quelle der Entscheidung ist. In dieser Verhandlung erklärt der Kläger:

er bevollmächtige den Maurermeister Becker, Namens

seiner die Pächte von dem Justizcommissarius Nohl einzuziehen und darüber zu quittiren, auch solche alsdann nach Anweisung und unter Leitung des rc. Nohl unter seine, des Klägers, Creditoren zu vertheilen; der Verklagte Becker aber verspricht, das Mandat übernehmen zu wollen.

Es bezeichnen hiernach die Parteien das zwischen ihnen zu Stande gekommene Rechtsverhältniß als einen Vollmachtsvertrag, und wirklich finden sich auch nur die Merkmale eines solchen, keinesweges die eines Verwaltungsvertrages, vor. Dem letzteren liegt zwar ebenfalls stets eine Bevollmächtigung zum Grunde; derselbe ist aber nicht nur, wie auch das Gesetz (§. 109. Tit. 14. Th. I. des A. L. R.) ausspricht, gemischter Natur, sondern er unterscheidet sich überdies dadurch von dem einfachen Vollmachtsauftrage, daß, während bei diesem nur ein oder mehrere einzelne bestimmte Geschäfte Gegenstand des Vertrages sind, und für diese die Vollmacht die nächste alleinige Norm des Verfahrens des Beauftragten ist, die Übertragung einer Verwaltung immer die Befugniß zur Ausübung eines Inbegriffs von Rechten und Pflichten, die Befähigung und Verpflichtung zur Vornahme aller derjenigen Handlungen verleiht, welche zum Betriebe eines gewissen Geschäfts, oder zur Erhaltung und wirthschaftlichen Benutzung einer fruchttragenden Sache, falls diese Gegenstand der Verwaltung war, erforderlich sind, und dabei gewöhnlich vorkommen. Daraus ergiebt sich zugleich der Grund, aus welchem das A. L. R. den Verwaltungsvertrag als ein besonderes Rechtsverhältniß betrachtet, und in verschiedenen Beziehungen, namentlich hinsichtlich der Rechnungslegung, nach andern Grundsätzen beurtheilt wissen will, wie den einfachen Vollmachtsauftrag. Der Bevollmächtigte

tigte nämlich, dessen Pflicht nur dahin gerichtet ist, die einzelnen ihm übertragenen Geschäfte, der Vorschrift des Machtgebers gemäß, auszuführen, ist nur schuldig, dem Letztern Rechenschaft über die Befolgung dieses Auftrags zu geben, da eine eigentliche Rechnungslegung, vermöge der einfachen Natur des Verhältnisses, nicht füglich statt finden kann; das Verwaltungsgeschäft erfordert aber eine solche Rechnungslegung nothwendig, und daher finden sich im A. L. R. auch hier umständliche Vorschriften über die Art und Weise, wie die Rechnung gelegt werden muß; Vorschriften, die bei dem Ablegen der Rechenschaft über die Ausführung eines einfachen Vollmachtsauftrags in der Regel nicht Platz greifen.

Im vorliegenden Falle ging der, dem Verklagten ertheilte Auftrag lediglich dahin, die Pachtgelder der, durch den Justizcommissarius Nohl verpachteten Grundstücke des Klägers von den Pächtern zu erheben, und nach Anweisung des Nohl an die Gläubiger des Klägers auszuzahlen. Durch die Ausführung dieses Auftrags ward der Verklagte nicht Verwalter des Klägers; vielmehr würde er, selbst wenn er die Grenzen seiner Vollmacht überschritten, und sich etwa einer Administration der verpachteten Grundstücke angemaaßt hätte, dennoch nicht nach den Vorschriften von der Verwaltung fremder Sachen (Abschn. 2. Tit. 14. a. a. O.), sondern, in Gemäßheit der ausdrücklichen Bestimmung der §§. 166. und 167. Tit. 14. ebend., nach den Vorschriften von der Übernehmung fremder Geschäfte ohne Auftrag (Abschn. 2. Tit. 13. a. a. O.) zu beurtheilen sein.

Wenn nun demzufolge die Bestimmungen des Abschn. 2. Tit. 14. a. a. O. von der Verwaltung fremder Güter hier nicht zur Anwendung kommen, so erledigt sich von selbst der Principal-Einwand des Verklagten, daß dem Kläger

die Verjährung entgegenstehe, weil er länger als fünf Jahre hindurch versäumt habe, dem Verklagten die Rechnungslegung abzufordern, indem der §. 158. Tit. 14., auf welchen Verklagter sich beruft, auf den vorliegenden Fall gar nicht paßt; hinsichtlich des Rechts eines Machtgebers, von dem Bevollmächtigten Rechenschaft zu fordern, aber in den Gesetzen eine andere, als die gewöhnliche Verjährungsfrist, nicht vorgeschrieben ist.

Hierauf wird der Einwand des Verklagten widerlegt, daß er die, von dem Kläger jetzt geforderte Rechenschaft bereits dem Justizcommissarius Rohl, als Bevollmächtigten des Klägers, abgelegt habe.

Sodann heißt es weiter:

Da nun der Verklagte zugiebt, daß er dem Kläger selbst noch gar keine Rechenschaft abgelegt habe, so ist seine Verurtheilung dazu keinem Bedenken unterworfen, und muß daher das erste Erkenntniß bestätigt werden.

№ 36.

Bergbau. Schade. Grundeigenthum.

Die Bergbauenden sind verpflichtet, den Grundeigenthümern allen, an ihren Grundstücken durch den Betrieb des Bergbaus unmittelbar verursachten Schaden zu ersetzen.

Diese Verbindlichkeit wird auch alsdann nicht ausgeschlossen:

1. wenn die Anlagen, wodurch die Beschädigung herbeigeführt worden, nicht unter den beschädigten Grundstücken selbst gemacht sind, noch

2. die Beschädigung bei gehöriger Aufmerksamkeit sich vorhersehen ließ, und eben so wenig

3. aus dem Schaden des Grundeigenthümers ein Vortheil für den Bergbauenden erwächst.

A. L. R. Th. II. Tit. 16. §§. 109—112., 116[b]. 150.; vgl. ebend. Einleitung §§. 74. 75. 88. 94., Th. I. Tit. 6. §. 36., Tit. 8. §§. 26. 29—31. 130.

Die Wittwe und Erben des Johann Wilhelm Kellermann zu Altendorf sind Besitzer einer Wiese, welcher bis zum Jahre 1833 das, zum Flößen erforderliche Wasser größtentheils aus einer Quelle zugeführt wurde, die auf dem Grund und Boden des Landwirthes Brinkmann entsprang. Der Zwischenraum zwischen dieser Quelle und jener Wiese betrug etwa 500 Schritte, und die ihn bildenden Grundstücke sind Eigenthum dritter Personen. Im Jahre 1833 bewirkte der, auf der Zeche Mühlheimer Glück getriebene Queerschlag das Versiegen der Quelle, und seitdem entbehrt die Kellermannsche Wiese des Flößwassers. Die Wittwe und Erben des ꝛc. Kellermann klagten daher gegen die Gewerkschaft der genannten Zeche auf Entschädigung. Die Verklagte bestritt die rechtliche Begründung des Anspruchs, und berief sich insbesondere auf den Umstand, daß ihr Bergbau mit der Wiese der Kläger selbst in keine Berührung gekommen sei, namentlich auch die versiegte Quelle sich nicht auf den Grundstücken der Kläger befunden habe.

Durch das Erkenntniß des Berggerichts zu Bochum vom 31. August 1836 ward die verklagte Gewerkschaft verurtheilt, den Klägern vom Jahre 1833 an, und

so lange der entstandene Wassermangel fortdauert, eine jährliche Entschädigung von 10 Thlrn. 6 Sgrn. 3 Pfn. zu entrichten.

Beide Parteien legten die Appellation ein, und in dem, bei dem Civil-Senate des Oberlandesgerichts zu Hamm ergangenen Erkenntnisse vom 16. März 1838 ward das Entschädigungsquantum auf 13 Thlr. 2 Sgr. erhöht, im Übrigen aber das erste Urtel bestätigt.

Der Appellationsrichter hielt den Anspruch der Kläger durch die Thatsache allein für begründet, daß die Quelle in dem Brinkmannschen Busche bis zum Jahre 1833 hinreichendes Wasser zur Beflößung der Wiese der Kläger geliefert hat, dieselbe aber durch den, auf der Zeche Mühlheimer Glück betriebenen Queerschlag trocken gelegt und hierdurch der Wiese der Kläger das Wasser entzogen worden ist. Auf ein Versehen der verklagten Gewerkschaft oder darauf, ob die Quelle gerade auf dem benachtheiligten Grundstücke selbst belegen gewesen, oder die Anstalt der Verklagten, die Ursache des Versiegens, unter demselben sich befunden, sollte nach der Ansicht des Appellationsrichters nichts ankommen, weil durch §. 112. Tit. 16. Th. II. des A. L. R. dem Grundeigenthümer für Alles, was er durch den Bergbau verliere, Entschädigung zugesichert sei, und die allgemeinen Vorschriften über Schadensersatz auf das Verhältniß zwischen den Bergbauenden und den Grundbesitzern nicht passen.

Nunmehr legte die verklagte Gewerkschaft die Nichtigkeitsbeschwerde ein. Sie bezeichnete zunächst die Vorschrift des §. 112. Tit. 16. Th. II. A. L. R. als verletzt, und führte, unter Hinweisung auf die allgemeinen Bestimmungen in den §§. 88. 94. der Einleitung, §. 36. Tit. 6. und §§. 26. 130. Tit. 8. Th. I. a. a. O., im Wesentlichen aus:

Die Bergbauenden, welche ihre Rechte vom Staate als deren Verleiher herleiteten, seien Eigenthümer des Bergbaues, und ständen als solche dem Eigenthümer der Erdoberfläche gegenüber. Gerade nun wie ein Eigenthümer der Oberfläche dem andern für keinen Schaden aufzukommen brauche, der aus der Benutzung und Ausübung seiner Eigenthumsrechte für den Letzteren entstehe, eben so könne auch der Bergwerkseigenthümer dem Eigenthümer der Oberfläche für keinen Schaden verantwortlich sein, der diesem aus der rechtmäßigen Ausübung des Bergbaues erwachse. Ein Vertragsverhältniß liege nicht vor, und eben so wenig der Fall einer nothwendigen Abtretung zum Zwecke des Bergbaues; nicht einmal ein Vortheil sei aus dem Versiegen der Quelle für den Betrieb des Bergbaues entstanden, und also selbst eine nützliche Verwendung nicht anzunehmen. Der einzige Grund einer Verpflichtung der verklagten Gewerkschaft könne mithin nur darin liegen,

daß die Beschädigung aus einem Versehen der Letzteren entstanden sei,

ein Versehen sei aber im vorliegenden Falle nicht erwiesen. Der Verlust des Flößwassers durch das Versiegen der Brinkmannschen Quelle in Folge des Bergbaues sei hiernach als ein Zufall zu betrachten, den der Eigenthümer zu tragen habe. Nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere auch nach der, in den oben angeführten Gesetzen enthaltenen Regel, daß derjenige, welcher sich seines Rechts innerhalb der gehörigen Schranken bediene, den Schaden, der einem Andern daraus entstehe, nicht ersetzen dürfe, sei daher eine Entschädigungsverbindlichkeit der verklagten Gewerkschaft nicht begründet. Die speciellen Vorschriften der §§. 109—112. Tit. 16. Th. II. a. a. O. dagegen legten den Bergbauenden nur für Abtretungen zum Zwecke

und Vortheile des Bergbaues eine Ersatzverbindlichkeit auf, worauf allein sich namentlich auch der Ausdruck: „verloren" im §. 112. beziehe, wenn dort verordnet werde, daß für Alles, was der Grundeigenthümer zum Baue und Betriebe des Werkes abgetreten oder verloren habe, demselben vollständige Entschädigung zu leisten sei. Jedenfalls hätten auch sowohl die angeführten Vorschriften des A. L. R, als die der Cleve-Meurs-Märkischen Berg-Ordnung vom 29. April 1766 Cap. I. §. 9. und Cap. LXXII.[1]) nur auf diejenigen Grundeigenthümer Bezug, unter deren Grundstücken der Bergbau betrieben werde. Wenn nun das Hofrescript vom 13. September 1777 (Schulz,

---

1) Revidirte Berg-Ordnung für das Herzogthum Cleve, Fürstenthum Mörs und die Grafschaft Mark, de dato Berlin, den 29. April 1766; N. C. C. Bd. IV. Col. 317—398.; auch abgedruckt bei Rabe, Sammlung Preuß. Gesetze Bd. I. Abth. 3. S. 168—240.

Die angeführten Stellen lauten:

Cap. I. §. 9.: „Damit aber auch, wenn dergleichen Schürfe in Feldern, Wiesen oder Gärten zu stehen kommen, die Besitzer des Gutes keinen Schaden leiden, und ihnen zur Beschwerde gereichen möge; so sollen Gewerken, wo sie an einen Ort schürfen, einschlagen, eine Halde stürzen und beschütten, und da sie den Ort zum Bergwerk behalten würden, denselbigen taxiren lassen, und nach Proportion dessen, was an Nutzung davon einzunehmen gewesen, nach Billigkeit und Erkänntniß der Berg-Officier, dem Eigenthums-Herrn zu bezahlen schuldig seyn."

Cap. LXXII.: „Sollte es sich begeben, daß in Bau- und Weyde-Land Schächte oder Licht-Löcher eingeschlagen, Halden gestürzt, Zechen-Häuser und Berg-Schmieden, auch Kunst-Göpel, Rad-Stuben, Hütten- und Pochwerke gebauet werden müsten; so müssen sich die Gewerken mit dem Grund-Herrn deshalb gütlich vergleichen, und wenn dieses nicht geschehen kann, das Bergamt den Ort besichtigen, taxiren, und den Eigenthümern den Schaden billig mäßig durch die Gewerken bezahlen lassen, welch Taxatum denn derselbe anzunehmen verbunden." D. H.

Handbuch des Preußischen Bergrechts, Essen 1820. S. 90.)[2]) dem Grundeigenthümer auch alsdann eine billig mäßige Entschädigung zuspreche, falls ihm durch den, unter seinem Grundstücke betriebenen Bergbau das nöthige Wasser entzogen werde, so habe doch dies Rescript theils keine Gesetzeskraft, theils werde durch dasselbe jener Anspruch auf Entschädigung nicht als gesetzlich begründet, sondern nur als auf Billigkeit beruhend anerkannt; auf keinen Fall aber könnten sich die Kläger auf dies Rescript berufen, da der Bergbau unter ihrer Wiese nicht betrieben werde.

Durch das Erkenntniß des Geheimen Ober-Tribunals vom 16. März 1839 wurde die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet verworfen.

Gründe.

Es kann nicht in Abrede gestellt werden, daß Bergwerke Gegenstand des Eigenthums sind, und die Gewerkschaft, wenn der Bergbau nach den bestehenden Vorschriften und den Anweisungen der Bergbehörde betrieben wird, sich in der Ausübung ihres Rechts, und zwar innerhalb der gesetzlichen Schranken, befindet. Hierbei kann es nun vorkommen, daß das Weitertreiben des Baues den Einsturz eines Gebäudes, einer Quelle 2c. zur Folge hat, wo dies nach der reiflichsten Prüfung, allen geognostischen Erfahrungen gemäß, nicht zu befürchten war. In einem solchen Falle kann allerdings von einem Versehen der Gewerkschaft nicht die Rede sein, und eben so wenig von einer Bereicherung derselben mit fremdem Schaden, von einer

2) Dies Rescript an das Märkische Bergamt zu Hagen vom 13. September 1777, welches eine Declaration des Cap. XXX. §. 3. der vorher angeführten Berg-Ordnung enthält, ist abgedruckt im N. C. C. Bd. VI. Col. 907—912.; und bei Rabe, a. a. O. Bd. I. Abth. 6. S. 255—257. D. H.

nützlichen Verwendung. Aber auch dann würde von einer Verschuldung nicht die Rede sein können, wenn der Bergbauende bei der Fortsetzung des Baues Ereignisse jener Art wirklich voraussieht, sich jedoch dessen ungeachtet zu den Arbeiten entschließt, wodurch diese Ereignisse herbeigeführt werden. Zwar handelt der Bergbauende in diesem Falle mit Vorsatz, nichts desto weniger würde ein Anspruch gegen ihn auf dies vorsätzliche Unternehmen der, dem Eigenthümer des Bodens schädlichen Arbeiten, auf einen dolus des Bergbauenden, nicht zu gründen sein, weil derselbe vom Gesetz in der Befugniß zur Förderung von Mineralien ꝛc. nicht der Einschränkung unterworfen ist, daß er inne zu halten verpflichtet sei, sobald durch den Weiterbau Schaden für das obere Grundeigenthum veranlaßt werde; vielmehr nur die Anweisungen des Bergamts nach den speciellen Vorschriften der Berg-Ordnungen, z. B. in den §§. 147. 224. Tit. 16. Th. II. des A. L. R. zu befolgen hat.

Eben so wenig darf es aber auf der andern Seite ein Zufall genannt werden, wenn die Versenkung der Erdoberfläche, oder das Versiegen einer Quelle die unmittelbare Folge des Grubenbaues ist. Denn es ist kein Zufall, wenn nach den unwandelbaren Gesetzen der Natur durch Unterhöhlung eine Versenkung bewirkt oder eine Quelle trocken gelegt wird, mag auch diese Wirkung ihren Grund in einer Beschaffenheit des Erdreichs finden, über welche der Bergbauende sich vorher gänzlich getäuscht hatte. Diese Täuschung ist nicht im Stande, jener unausbleiblichen Wirkung seiner Handlung den Charakter einer Zufälligkeit aufzudrücken. Kann nun aber durch den Grubenbau ein solches, dem Grundeigenthümer nachtheiliges Ereigniß möglicher Weise gegen alle Berechnung eintreten, so muß auch

zugestanden werden, daß Wissenschaft und Erfahrung keine absolute Sicherheit für Berechnungen gewähren, die ein Unternehmen des Baues in einer bestimmten Richtung für den Grundeigenthümer unschädlich erscheinen lassen, daß also im Bereiche des Bergbaues für den Grundbesitz in einem gewissen Grade immer Gefahr droht.

Den Grundsätzen der Billigkeit dürfte es mit Rücksicht auf das Angeführte nun unzweifelhaft gemäß sein, wenn derjenige, der sich um seines Vortheils willen zu einem Unternehmen entschließt, bei welchem er die Folgen durchaus nicht in seiner Gewalt hat, und der es darauf ankommen läßt, durch seine Handlungen unmittelbar das Eigenthum Dritter in Gefahr zu bringen, für verpflichtet erachtet wird, diesen Dritten für den ihnen solchergestalt verursachten Schaden aufzukommen.

Können nun auch die rechtlichen Grundsätze vom Versehen eben so wenig als die vom Zufall bei einem unmittelbar durch den Bergbau dem Grundbesitz zugefügten Schaden Anwendung finden: so läßt es sich doch aus den, in Betreff des Bergbaues speciell erlassenen positiven Vorschriften nachweisen, daß die Bergbauenden alle, unmittelbar durch den Betrieb des Bergbaues an Grundstücken verursachten Beschädigungen vergütigen müssen.

Zuvörderst bestimmen nämlich die §§. 109—111. Tit. 16. Th. II. des A. L. R.:

§. 109. „Der Grundeigenthümer muß an die Bergbauenden den Grund und Boden überlassen, welcher zur Grube selbst, zu den Stollen, zu Halden und Wegen, und zu den Gebäuden über der Erde nothwendig ist, ingleichen das, zum Betriebe der Kunst-, Poch-, Wasch- und Hüttenwerke erforderliche Wasser.“

§. 110. „Auch Teiche und Mühlen müssen dem Berg-

bau weichen, wenn es zur Fortsetzung desselben nothwendig ist."

§. 111. „Bau- und Kohlenholz, in so fern der Grundherr dergleichen aus seinen Forsten verkauft, muß er an die bauenden Gewerke vorzüglich, jedoch nur für eben den Preis, wie an Fremde, überlassen."

Diese Vorschriften erwähnen zwar, außer der Abtretung besonders genannter Anlagen und Producte (§§. 110. und 111.), ausdrücklich nur der Abtretung des Grundes und Bodens zu einzelnen bestimmten Zwecken (§. 109.); es sind indeß die, in dem §. 109. aufgeführten Fälle nur als Beispiele[3]) anzusehen. Eben hieraus folgt aber, daß nach demselben Princip, aus welchem in dem §. 112. a. a. O.[4]) die Entschädigungspflicht des Bergbauenden in Betreff der, in den §§. 109. und 110. gedachten Fälle ausgesprochen ist, den Grundeigenthümern auch in allen an-

---

3) Vgl. Allerhöchste Declaration wegen Überlassung des Grund und Bodens an die Bergbau treibenden Gewerke zur Anlage der Abfuhrwege und Niederlagen vom 27. October 1804, Neues Archiv Bd. III. S. 315—318.; Mathis, juristische Monatsschrift Bd. I. S. 81—86., und Rabe, Sammlung Bd. VIII. S. 202—204.

D. H.

4) Vgl. Motive zu dem, bei der gegenwärtigen Gesetz-Revision vorgelegten Entwurf eines allgemeinen Preuß. Bergrechts (Gesetz-Revision, Pensum XI.), woselbst es S. 126. heißt:

„Die — — §§. 112. u. flgd. Tit. 16. Th. II. des A. L. R. bestimmen die Entschädigung des Grundeigenthümers für alles, was er zum Betriebe und Baue des Bergwerks abgetreten hat; das A. L. R. bestimmt aber nicht über seine Entschädigung für andere Nachtheile. Diese können auf verschiedene Weise bedeutend eintreten, namentlich durch Entziehung des Wassers, Erdbrüche und Versenkungen, Beschädigung der Wiesen durch Pochwerke 2c.

Es scheint deshalb angemessen, die Verpflichtung zur Vergütung dergleichen Nachtheile allgemein — auszusprechen." — —

D. H.

dern Fällen, wo ihnen in Folge des Bergbaues Etwas entzogen oder ein Schade zugefügt wird, ebenfalls eine Entschädigung zu Theil werden muß.

Für diese ausdehnende Auslegung der §. 109—111. spricht es auch, daß dieselben unzweifelhaft auf den, in den §§. 74. 75. der Einleitung und §§. 29—31. Tit. 8. Th. I. a. a. O. enthaltenen allgemeinen Grundsätzen beruhen, in den eben angezogenen §§. aber dem Eigenthümer, welcher zum Vortheil des Staats oder anderer Bürger desselben in dem Gebrauch seines Eigenthums eingeschränkt wird, vollständige Schadloshaltung zugesichert ist;

vgl. Karsten, Grundriß der deutschen Bergrechtslehre, Berlin 1828. §. 338 [5]).

---

5) Karsten bemerkt a. a. O. S. 330. 331.:
„Außer den Entschädigungen für den zum Bergbau abgetretenen Grund und Boden können aber noch andere Entschädigungen eintreten, worauf der Grundeigenthümer Anspruch zu machen hat, und welche durch den Bergbau ebenfalls herbeigeführt werden.

Es kann nämlich dem Grundeigenthümer durch den Bergbau Wasser in seinen Teichen, Brunnen u. s. f. entzogen werden; es können Verschlämmungen von Wiesen eintreten; es können ihm die Tagewasser durch die hineinfallenden Grubenwasser unbrauchbar gemacht, seine Fischereien dadurch verdorben werden; ja es können selbst die Wohn- und Wirthschaftsgebäude u. s. f. wegen der zu großen Nähe des unterirdischen Baues gefährdet worden sein. Die Grundsätze, nach welchen bei der Abschätzung solcher Schäden zu verfahren ist, sind eben so wenig ein Gegenstand für das Bergrecht, als die Grundsätze, nach welchen der Werth der Aufschlagewasser, der Mühlen u. s. f. zu bestimmen ist, welche der Bergbau für seine Zwecke in Anspruch nimmt, oder nehmen könnte. Eine vollständige Entschädigung hat der Bergwerkseigenthümer unter allen Umständen zu leisten, wenn er auch genöthigt wäre, künstliche Wasserleitungen zu machen, einzelne Gebäude oder wohl gar ein ganzes Gehöft zu verlegen, und die dem Oberflächen-Eigenthümer entzogene Nutzung so vollständig zu ersetzen, daß die Schadloshaltung allen Gewinn vom Bergbau absorbirt." D. H.

Hake, Commentar über das Bergrecht, Sulzbach 1823. §§. 540—542.

Es verordnet ferner der §. 150. Tit. 16. Th. II. a. a. O.:

„Wird bei dem Schürfen nichts entdeckt, so muß der Schürfer die aufgeworfene Grube wieder einfüllen, den Ort eben machen, auch allen durch das Graben verursachten Schaden und die entzogene Nutzung, allenfalls nach der Festsetzung des Bergamts, ersetzen.“

Auch hier wird die Ersatzverbindlichkeit an die bloße Thatsache geknüpft, daß durch das Schürfen ein Schade angerichtet worden ist; ein Versehen auf Seiten des Schürfenden, oder ein Vortheil, den derselbe erlangt hätte, ist dabei nicht vorausgesetzt.

Endlich schreibt der §. 116[b]. a. a. O. noch vor:

„Hat Jemand Gebäude, Wasserleitungen, Teiche, Bleichen und dergleichen in einem Reviere, wo ein Bergbau schon in solcher Nähe getrieben wird, daß eine weitere Ausdehnung desselben bis zu diesen neuen Anlagen vernünftigerweise vorausgesehen werden konnte, dennoch angelegt, ohne sich von dem Bergamte die Stelle, wo es ohne seine Gefahr geschehen kann, anweisen zu lassen, so ist er, wegen der durch den fortgehenden Bergbau daran entstehenden Schäden, zu keiner Vergütung berechtigt.“

Aus dieser Vorschrift folgt, daß bei den, schon vor Eröffnung des Bergbaues vorhanden gewesenen Gebäuden u. s. w. der, durch den fortgehenden Bergwerksbetrieb angerichtete Schade ersetzt werden muß; und dies ist auch hier weder von einem, bei der Beschädigung obwaltenden Versehen des Bergbauenden, noch von einer Verwendung in dessen Nutzen abhängig gemacht; die Beschädigungen an

den Gebäuden, Wasserleitungen ꝛc., die vor der Eröffnung des Bergbaues errichtet sind, und folglich auch die Beschädigungen an den Grundstücken selbst und eben so an Gewässern, die von jeher existirt haben, braucht nur durch den fortgehenden Bergbau verursacht zu sein, um den Bergbauenden unbedingt zur Entschädigung zu verpflichten.

In allen vorangeführten Vorschriften ist aber auch die Entschädigungsverbindlichkeit nirgends auf den Fall beschränkt, wenn der Bergbau gerade unter dem beschädigten, z. B. des Wassers beraubten Grundstücke steht, und in der That würde bei dem Zusammenhange der Grundstücke unter einander, die ja in der Natur nur ein, denselben Gesetzen unterliegendes Ganzes bilden, und deren Vertheilung unter mehrere verschiedene Besitzer nur zufällig ist, eine Unterscheidung, ob der ein Grundstück beschädigende Bergbau gerade unter diesem betrieben wird oder nicht, jedes Grundes entbehren.

Die Meinung des Appellationsrichters erscheint demnach in jeder Beziehung vollkommen gerechtfertigt. Die Vorschriften im Cap. I. §. 9. und Cap. LXXII. der Cleve-Meurs-Märkischen Berg-Ordnung vom 29. April 1766 [6]) und im §. 112. Tit. 16. Th. II. des A. L. R. sind daher von ihm nicht verletzt, und eben so wenig ist dies der Fall mit dem, von der verklagten Gewerkschaft in Bezug genommenen Grundsatze: daß derjenige, der sein Recht nach den Gesetzen ausübt, zum Ersatz des, einem Andern daraus entstandenen Schadens nicht verpflichtet ist. Denn was insbesondere noch diese in den, von der Verklagten angezogenen §§. 88. 94. der Einleitung, §. 36. Tit. 6. und §. 26. Tit. 8. Th. I. des A. L. R. ausgesprochene Rechts-

6) S. Note 1).

regel betrifft, so ist zwar alles fremde Grundeigenthum dem Rechte des Bergbauenden zur Benutzung desselben Behufs des Bergbaubetriebes unterworfen; aber dieses Recht ist beständig von der Verbindlichkeit zur Entschädigung des Grundeigenthümers bedingt. So oft der Bergbauende von seinem Rechte Gebrauch macht, und so weit die Wirkungen davon sich auf den fremden Grundbesitz erstrecken, muß er auch seiner Verbindlichkeit genügen. Nur also, indem er schürft oder den Bergbau betreibt und zugleich Entschädigung leistet, übt er sein Recht auf gesetzmäßige Weise aus. Ein Widerspruch zwischen den angeführten Gesetzstellen und dem, in den §§. 112. 116ᵇ. und 150. Tit. 16. Th. II. a. a. O. anerkannten Grundsatze ist demnach nicht vorhanden. Die Hinweisung der verklagten Gewerkschaft auf die Vorschrift des §. 130. Tit. 8. Th. I. a. a. O. endlich ist keinesweges passend. Zwischen einem Nachbarn, der auf seinem eignen Grund und Boden einen Brunnen gräbt, womit derselbe immer noch eine gewisse Strecke von der Grenze entfernt bleiben muß (vgl. §. 131. a. a. O.), und einem Bergbauenden, dem jeder fremde Grundbesitz, um darin seinen Gewinn zu suchen, kraft eines besondern Privilegiums zur Disposition gestellt ist, waltet ein wesentlicher Unterschied ob. Überdies wird der Bergbauende dadurch, daß er Bergbau auf fremdem Grund und Boden betreibt, noch nicht Eigenthümer des Raumes unter der Oberfläche, sein Recht geht vielmehr wesentlich nur auf die darin befindlichen Fossilien und auf die Anwendung aller äußern Mittel zur Erlangung derselben; er darf sich mithin auch aus dieser Rücksicht dem wahren Eigenthümer eines Grundstücks nicht gleich stellen.

№ 37.

Münster. Minden. Ravensberg. Colonat. Mahljahre. Peculium.

Der mahljährige Besitzer eines, in den Fürstenthümern Münster und Minden oder in der Grafschaft Ravensberg belegenen Colonats, welcher entweder selbst, oder dessen vorverstorbener Ehegatte schon zur Zeit der Aufhebung des Leibeigenthums durch das Bergische Decret vom 12. December 1808 und beziehungsweise durch das Westphälische Decret vom 23. Januar desselben Jahres sich im Colonatsbesitze befunden hat, ist **nicht** verpflichtet, das, beim Ablaufe der Mahljahre vorhandene, aus den Mitteln der Stätte erworbene Peculium zurückzulassen [1]).

---

1) Vgl.

A. In Betreff der Colonate im Fürstenthum **Münster**:

I. **Entscheidungen des Geheimen Ober-Tribunals** Bd. II. № 18. S. 168—186. und die daselbst Note 1) [S. 168—170.] angeführte Literatur.

II. Den vom Oberlandesgerichtsrath **von Viebahn** in dem neuen Archiv von **Ulrich**, **Sommer** und **Boele**, Jahrgang V. S. 280—286. mitgetheilten Rechtsfall: über den Einfluß der Aufhebung des Leibeigenthums auf die Verhältnisse mahljähriger Besitzer; und

III. **Sommer**, Bemerkungen zu den unter I. gedachten Entscheidungen in dem zu II. bezeichneten Archiv, Jahrg. V. S. 624—626.

B. Hinsichtlich der Colonate im Fürstenthum **Minden** und der Grafschaft **Ravensberg**: **Wigand**, die Provincialrechte des Fürstenthums Minden und der Grafschaften Ravensberg ꝛc. Bd. I. S. 300—302., wo es heißt:

„In S. Kirchhof gegen Kirchhof zu Oehme war der Mahlzähler im Jahre 1808 auf die Leibzucht gezogen, und das Gericht zu Vlo-

tho verurtheilte ihn, nach dem Antrage des Colonen, durch Erkenntniß vom 13. Mai 1817, die etwaigen Baarschaften und ausstehenden Capitalien eidlich zu manifestiren. Es kann sein, daß dies, Behufs der Festsetzung der Brautschätze, die erst im folgenden Jahre geschah, nöthig war, weil die vorhandenen Activa mit den Maaßstab bei Bestimmung derselben bilden. Aber der Richter sagt, es sei dem Geist und Sinn der Ravensbergschen Colonatverfassung gemäß, daß ein mahljähriger Colon nicht befugt sei, bei seinem Abzug auf die Leibzucht von demjenigen Vermögen, welches er auf dem Colonat erworben oder besessen habe, willkürlich etwas an sich zu behalten, mit auf die Leibzucht zu nehmen und zu seinen Privatzwecken, ohne Vortheil für das Colonat, zu verwenden. Hier werden offenbar Principien des Colonatrechts mit denen der Leibeigenschaft vermischt, die mit dem Jahre 1808 aufgehört hatte. — — In S. Meier gegen Müller zu Kleinbremen hatte der Mahljährige ein Handwerk getrieben, eine Chaussee- und Zoll-Einnehmerstelle bekleidet, sich manches erspart, noch eine Stätte gekauft, und ein Haus gebaut. Der Anerbe behauptete, wie er Colon geworden, daß ein mahljähriger Besitzer alles, was er erworben, sei es, woher oder wodurch es wolle, der Stätte erwerbe, und bei derselben lassen müßte. Das Gericht zu Minden wies aber durch Erkenntniß vom 19. April 1823 den Kläger ab. Denn, weil die Stätte nach einem Inventar übernommen werde, so dürfe der Mahljährige zwar ihren Zustand nicht verschlechtern; nirgend sei ihm aber untersagt, Vermögen für sich zu acquiriren, nirgend vorgeschrieben, daß aller Erwerb Pertinenz der Stätte werde. Daraus, daß der Gutsherr beim Sterbfall das Recht habe, die nova acquisita als Pertinenz der Stätte zu betrachten, folge nicht, daß auch der Anerbe es habe. Die richtige Entscheidung wird sodann hauptsächlich mit den Regeln des Nießbrauchs gerechtfertigt. Das Oberlandesgericht erkannte aber gegentheilig unterm 2. Juni 1824, und sprach den ganzen Erwerb dem Anerben zu. Hier fänden nicht die Vorschriften vom Nießbrauch statt, sondern die Eigenthums-Ordnung entscheide allein. Der Mahljährige müsse nun nicht blos den Wohlstand des Gutes fördern, sondern auch alles, was er an eigenem Vermögen darin verwandt habe, in demselben zurücklassen, wogegen er die Leibzucht erhalte. Die Eigenthums-Ordnung Cap. III. §. 2. bestimme, daß, was der Eigenbehörige acquirire,

vom 10. Mai 1770 [2]) Th. II. Tit. 1. §. 4., Tit. 5. §. 3., Tit. 8. §§. 1. 2. 3., Tit. 9. §§. 13. 14. 15., Tit. 10. §. 1.; Th. III. Tit. 1. §. 3., Tit. 4. §. 3., Tit. 5. §§. 2. 3. 8., Tit. 7. §. 1.; vgl. Th. I. Tit. 7. §. 1.; Th. II. Tit. 1. §. 3., Tit. 2. §. 2.; Th. III. Tit. 4. §. 1., Tit. 5. §. 9., Tit. 7. §. 6.

Gesetz über die, den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse und über die Realberechtigungen in den Landestheilen, welche zu dem ehemaligen Großherzogthum Berg eine Zeit lang gehört haben, vom 21. April 1825. §§. 4. u. flgd.; Gesetzsammlung S. 94. u. flgd.

Königlich Preußische Eigenthums-Ordnung des Fürstenthums Minden und der Grafschaft Ravensberg, vom 26. November 1741. [3])

bei der Stätte bleibe. Diese Sentenz, die sich rein auf Grundsätze der Leibeigenschaft stützte, wurde in revisorio zu Halberstadt, 17. Juni 1825, wieder aufgehoben, und das erste Erkenntniß hergestellt."
D. H.

2) Wegen ihrer Ausgaben und der Orte, wo sie abgedruckt ist, vgl. Entscheidungen des Geheimen Ober-Tribunals Bd. II. S. 100. Note 2); namentlich findet sie sich bei Schlüter, Provincialrecht der Provinz Westphalen Bd. I. S. 257. u. flgd.
D. H.

3) Abgedruckt bei Schlüter, a. a. O. Bd. II. S. 121. u. flgd.; ferner bei Holsche, Beschreibung der Grafschaft Tecklenburg, Berlin und Frankfurt 1788. S. 275. u. flgd. (mit Anmerkungen); Rabe, Sammlung Bd. I. Abth. 2. S. 154. u. flgd. und an andern Orten; vgl. Entscheidungen des Geheimen Ober-Tribunals Bd. I. S. 377. Note 2).
D. H.

Cap. III. §§. 2. 4., Cap. VIII. §. 1., Cap. XI. §. 10., Cap. XII. §. 8.

Gesetz über die, den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse und über die Realberechtigungen in den Landestheilen, welche vormals eine Zeit lang zum Königreich Westphalen gehört haben, vom 21. April 1825. §§. 4. u. flgd.; Gesetzsammlung S. 74. u. flgd.

In den Fürstenthümern Münster und Minden und der Grafschaft Ravensberg galt bekanntlich der Grundsatz, daß, wenn der leibeigene Besitzer eines eigenbehörigen Gutes mit Tode abging, der überlebende Ehegatte desselben mit Zustimmung des Gutsherrn sich wieder verheirathen und mit dem angeheiratheten Ehegatten auf der Stätte verbleiben konnte; hierzu wurden indeß, falls aus der früheren Ehe Kinder vorhanden waren, gewisse Jahre bestimmt,

Münstersche Eigenthums-Ordnung Th. II. Tit. 9. §§. 13. 14.[4]);

---

4) §. 13. „Wann der Anerb oder die Anerbinn mit Gutsherrlicher Bewilligung zur zweyten Ehe schreitet, so bleibet zwar der oder dieselbe, es mögen Kinder aus der ersten Ehe seyn oder nicht, auf dem Erbe, so lang er oder sie demselben vorzustehen fähig ist, jedoch sollen dem mit dem Anerben oder der Anerbinn sich verheyrathenden Ehegatten, wann er sich eigen gegeben, und Kinder aus erster Ehe obhanden, gewisse, über 25 Jahr nicht zu erstreckende Mahljahren gesetzet werden, und ist derselbe nach Verlauf der Mahljahren, wann immittels der Anerb oder die Anerbinn verstorben wäre, dem Kinde, welches der Guts-Herr aus erster oder zweyter Ehe zu der Succession bestimmet, das Erbe einzuraumen, und die Leib-Zucht zu beziehen schuldig."

§. 14. „Wann aber nach Absterben des Anerben oder der Anerbinne der überlebende Ehegatt sich wieder verheyrathet, und aus er-

Minden-Ravensbergsche Eigenthums-Ordnung Cap. XI. §§. 10. 11.[5]).

nach deren Ablauf die Stätte — das Erbe — demjenigen Kinde des verstorbenen Hofbesitzers, welches von dem Gutsherrn gewählt ward,

Münstersche Eigenthums-Ordnung Th. II. Tit. 9. §. 1.[6]),

oder welches zur Folge in den Hof berechtigt war,

---

ster Ehe Kinder obhanden wären, als welche, wie oben schon verordnet worden, in der Succession den Vorzug haben, so werden auch auf diesem Fall, und zwar beyden Ehe-Leuten nach Unterschied und Proportion des Alters derer Ehe-Leuten und Vorkinderen sichere, doch auch nicht über 25 Jahr zu erstreckende Mahljahren gesetzet, sofern jedoch mitler weil die sämtliche Vorkinder verstürben, oder, frey gelassen, obsonst zu der Succession untauglich wären, so können zwar die Ehe-Leute nach Ablauf der gesetzten Mahljahren mit Gutsherrlicher Bewilligung noch länger auf dem Erbe verbleiben, müssen aber alsdann über das vorhin bezahlte noch ein leydentliches Gewinn-Geld für die übrige Zeit entrichten." D. H.

5) §. 10. „Wann ein Leibeigener Ehegatte auf dem Erbe oder Kotten durch den Tod abgegangen ist, kan der überbliebene mit Einwilligung des Guts-Herrn wieder darauf heyrahten, jedoch muß die Person, welche durch solche Heyraht auf die Stette kömmt, sich eigen geben und den Weinkauf bezahlen.

Sind aber Kinder aus voriger Ehe vorhanden, so soll die Bewohnung des Erbes auf gewisse Jahre gesetzet, und gedachter Person das Erbe oder Stette die determinirte Zeit zu bewohnen verstattet werden, jedoch kan solche Zeit und Jahre von dem Guts-Herrn nicht weiter als bis der Anerbe 28 Jahr, oder wenn es eine Tochter, 25 Jahr alt geworden, falls sonst dieselbe tüchtig, ausgesetzet werden."

§. 11. „Sobald der Anerbe 28 Jahr, oder wann es eine Tochter, 25 Jahr alt geworden, so ziehen die Alten auf die Leibzucht, welche Leibzucht solcher Person, so durch Heyraht oder sonst auf gewisse Jahre auf das Erbe gekommen ist, ebenfalls als wann sie des Anerben leiblicher Vater oder Mutter wäre, eingeräumet werden soll."
D. H.

6) §. 1. „Eigenbehöriger Ehe-Leuten eheliche Kinder erwer-

Minden-Ravensbergsche Eigenthums-Ordnung Cap. XI. §. 1. 7)

— dem Anerben — herausgegeben werden mußte;

---

den zwar alle durch die Geburt das Erb- und Successions-Recht an dem Gut oder Erbe, welches ihre Elteren nach Eigenthums-Recht unterhaben. Alldieweil aber nur eins von denenselben succediren kan, und dann wegen der Art und Weise, wie die Kinder succediren, und welchem darunter der Vorzug oder einiges Vorrecht gebühret, die bisherige Gebräuche und Gewohnheiten an sich sehr unterschiedlich, ungleich auch ungewiß sind, und nach Zeugnüß deren aus den Ämteren eingegangenen Berichteren es bald so, bald wiederum anderst damit gehalten worden, dergestalt, daß, wie es die Erfahrung lehret, diese in dem Herbringen selbst sich äußerende Ungewißheit öfterst zu kostbaren und verderblichen Streit-Sachen Anlaß gegeben, so haben Wir zu Vermeydung aller daraus weiter entstehen könnenden Rechts-Händlen und Processen Uns mit Unseren Landständen darüber verglichen, und verordnen demnach, daß bey sich ereignenden Successions-Fällen die Guts-Herren (weil ihnen daran, daß ihre Höfe, Erbe, und Kotten mit tüchtigen Leuten wieder besetzet werden, am meisten gelegen ist, und zu vermuthen stehet, daß sie auch am besten dafür sorgen werden) unter denen alsdann obhandenen, zu der Succession und Verwaltung der Stette tauglichen Kinderen Männ- und Weiblichen Geschlechts, auch unter denen 1ster und 2ter Ehe Kinderen, wann der Anerb, oder der, von welchem das Erbe herkommet, zur 2ten Ehe geschritten wäre, die freye Wahl haben sollen, den, oder die, welchen, oder welche sie dazu am tauglichsten zu seyn, erachten, auszusehen, und zu bestimmen."

D. H.

7) §. 1. „Wann sich begiebt, daß ein Eigenbehöriges Erbe oder Stette durch den Tod derer Colonen, des Mannes oder des Weibes, oder beyder, oder durch Abtretung desselben und Annehmung der Leibzucht, zur neuen Besetzung eröffnet wird, so soll der jüngste Sohn, und wenn deren keine vorhanden, die jüngste Tochter den Hof erben. Wann aber der jüngste Sohn lahm oder gebrechlich, folglich nicht im Stande ist, dem Hofe gehörig vorzustehen, kan mit Zuziehung derer Eltern, oder nach deren Absterben, derer Verwandten, von denen andern Söhnen einer vom Guts-Herrn zum Anerben gemacht werden, wobei aber auf den Penultimum und so weiter auf den nächstfolgenden, wann sonst wider denselben nichts zu erinnern, zu reflectiren.

Münstersche Eigenthums-Ordnung Th. II. Tit. 9. §§. 13. 14.[8]).

Minden-Ravensbergsche Eigenthums-Ordnung Cap. XI. §§. 10. 11.[9]).

Diese Frist, welche einen Zeitraum von 25 und beziehungsweise 28 Jahren nicht überschreiten durfte,

vgl. die so eben angeführten Stellen,

nannte man Mahljahre, und die einstweiligen Besitzer der Stätte Mahlzähler, mahljährige Wirthe.

Von dem Erbe unterschied sich dasjenige Vermögen, welches ein Wirth außer dem Hofe besaß, mochte er dasselbe aus den Mitteln der Stätte oder anders woher, z. B. durch Erbschaft oder Schenkung u. s. w., gewonnen haben, in der Münsterschen Eigenthums-Ordnung ausdrücklich Peculium genannt;

Münstersche Eigenthums-Ordnung Th. II. Tit. 8. §§. 1—3. 5. 7. 9—11[10]).

Solte der Anerbe sich vor tauglich ausgeben, der Guts-Herr ihn aber dafür nicht halten, muß die Obrigkeit davon cognosciren, jedoch, ohne deswegen den geringsten Proceß zu verstatten, es decidiren." D. H.

8) S. Note 4).

9) S. Note 5).

10) §. 1. „Das Successions-Recht, welches der Leib- und Eigenthums-Herr durch Absterben eines Eigenbehörigen an dessen Güter und Verlassenschaft überkommt, oder der sogenannte Sterb-Fall besteht nach Gestalt der Sache zuweilen in der halben und zuweilen auch in der gantzen Nachlassenschaft."

§. 2. „Wann demnach von Eigenbehörigen Ehe-Leuten (sie mögen auf ihres Guts-Herren oder eines anderen Eigenbehörigen, oder freyen Gut wohnen, oder auch anderstwo und gar außerhalb Landes sich Häußlich niedergelassen haben) der Mann oder die Frau zu sterben kommet, erbet der Guts-Herr von dem zur Zeit des Absterbens obhandenen sämtlichen Vermögen die eine Halbscheid, und ver-

bleibet die andere Halbscheid dem überlebenden Ehegatten; und wann demnächst auch dieser ohne Hinterlassung Ehelicher Leibs-Erben mit Todt abgehet, ist die dem letzt-lebenden verbliebene Halbscheid, und was derselbe weiter für sich gebracht, und erworben hat, mithin das gantze Peculium nach Abzug der Schülden dem Guts-Herren mit Ausschluß deren nächsten Verwandten und Erben ab Intestato verfallen."

§. 3. „Wann aber der letzt-lebende Kinder hinterließe, und der Guts-Herr den Sterb-Fall in natura ausnehmen wolte, muß derselbe sich mit der Halbscheid des nachgelassenen Vermögens (weilen sonst denen Kinderen nichts übrig bliebe) begnügen lassen, und verbleibet die übrige Halbscheid dem Anerben und aufm Erbe, oder wann die verstorbenen Elteren kein Erbe, oder eigenbehöriges Gut von ihrem Guts-Herren untergehabt, denen hinterlassenen Kinderen zur Billig-mäßigen Aussteuer, wohingegen, wann das Mortuarium nicht in natura gezogen, sonderen zu Geld angeschlagen, und redimiret wird, sich von selbst verstehet, daß alsdann der Anerb oder die Kinder das gantze Peculium cum commodo et onere behalten, und darum auch für die Schülden allein stehen und haften müssen."

§. 5. „Wann eigenbehörige Kinder, welche nicht mehr in dem Brode ihrer Elteren stehen, und 25 Jahr alt sind, ungeheyrathet, und im ledigen Stande versterben, und sich ein Peculium erworben hätten, so ist das gantze Peculium nach Abzug der Schülden und Begräbnüß-Köstten dem Guts-Herren verfallen; es wäre dann, daß das Peculium, wie oben §. 3. gemeldet worden, redimiret würde, welchenfalls der, so es redimiret, die Schülden und Begräbnüß-Köstten abzutragen hat."

§. 7. „Weiter ist dem Guts-Herren unbenommen, sonderen frey gestellet, ob er den Sterb-Fall besonders, oder mit dem Gewinn und Weinkauf zugleich, und zusammen verdingen lassen wolle, welches auch alsdann geschehen kan, wann die alte Ehe-Leute und Wehrfester Unvermögenheit halber, obsonst mit Bewilligung des Guts-Herren das Erbe mit dem Peculio dem Anerben übergeben und die Leib-Zucht beziehen."

§. 9. „Alles, was nach dem tödtlichen Hintritt eines Eigenbehörigen sich an Mobilien und Moventien, Baarschaften, Rent-Verschreibungen, und sonst auf dem Erbe oder im Sterb-Hause befindet, wird so lang dafür gehalten, daß es zu des verstorbenen Nachlassenschaft, mithin zu dem Sterb-Fall und Peculio gehörig sey, bis daran das Gegentheil von dem, welcher Anspruch darauf machet, bewiesen worden."

Minden-Ravensbergsche Eigenthums-Ordnung Cap. III. §§. 2. 4. [11]), Cap. VIII. §. 1. [12]).

In früheren Zeiten war darüber kein Zweifel, daß auch das Peculium, welches der Mahlzähler während der Mahljahre erworben hatte, so weit es bei Ablauf der letzteren noch vorhanden war, mit dem Erbe zusammen auf den Anerben überging [13]); wogegen der Mahlzähler von dem Anerben die Leibzucht,

---

§. 10. „Es sind auch die letzt-lebende Ehe-Gatten, Anerben, oder nächste Verwandte des Verstorbenen Eigenbehörigen alles und jedes, was zu dem Peculio gehörig, mithin alle Moventien und Mobilien, baar vorräthiges oder ausgeliehenes Geld, Activ- und Passiv-Forderungen, und wie es sonst Nahmen hat, richtig und getreulich zu eröfnen und anzuzeigen, wie auch auf Verlangen des Guts-Herren für den Richtern, wessen Jurisdiction der Verstorbene Unterworfen gewesen, endlich zu bekräftigen, schuldig, daß sie nichts davon verschwiegen, verbracht, oder verhelet, auch nicht mehr schülden, als würcklich obhanden sind, angegeben haben."

§. 11. „Solte aber dannoch über Kurtz oder Lang kund und offenbar werden, daß die Nachlassenschaft, oder das Peculium unvollkommen oder unrichtig angegeben, und davon wissentlich etwas verschwiegen worden, so soll das Verschwiegene dem Eigenthums-Herren, wann gleich derselbe nur zur Halbscheid dazu berechtiget gewesen, völlig und gantz verfallen seyn." D. H.

11) S. weiterhin im Text Seite 383. und Seite 382. D. H.

12) S. weiterhin im Text Seite 384. D. H.

13) Man vgl.:

I. in Betreff der Münsterschen Colonate: Welter, über das gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß im Hochstifte Münster S. 414. (extrahirt im II. Bande der Entscheidungen S. 168. Note 1)); und

II. Hinsichtlich der Minden-Ravensbergschen Colonate: Wigand, in der Note 1) angeführten Schrift Bd. I. S. 300—302. und 332—335. Derselbe bemerkt insbesondere:

S. 300.: „Über den Erwerb während der Mahljahre konnte nicht leicht Streit entstehen, weil der Besitzer, wenn er auf die Leibzucht

Münstersche Eigenthums-Ordnung Th. II. Tit. 9. §§. 13.[14]) 15.[15]), Tit. 10. §. 1.[16]),

Minden-Ravensbergsche Eigenthums-Ordnung Tit. XI. §. 11.[17]), Tit. XII. §. 9.[18]),

und auch für seine, während der Mahljahre geborenen Kinder eine Aussteuer fordern konnte;

---

zog, nicht anders, als der Colon selbst behandelt wurde. So wenig als dieser, konnte auch der Mahljährige, wenn er leibeigen war, ein freies, gesondertes Allode erwerben;" und

S. 332.: „Die Eigenthums-Ordnung Cap. III. §. 2. schreibt vor, daß alles, was der Eigenbehörige acquirirt, dem Herrn acquirirt werde, und bei der Stätte bleibe. Im Cap. X. §. 4. wird das gesammte Mobiliar-Vermögen mit den ausstehenden Activ-Forderungen als Fond bestimmt, woraus die Brautschätze entrichtet werden. Es bildete sich daher die Regel, daß aller Erwerb dem Colonat accrescire, und daß der Leibzüchter nichts auf die Leibzucht mitnehmen und zu freier Disposition sich besonders vorbehalten könne."
S. auch Note 1) Lit. B. D. H.

14) S. Note 4).

15) S. weiterhin im Text Seite 394. D. H.

16) §. 1. „Wann die Eigenbehörige Alters oder anderer Gebrechlichkeiten halber dem ihnen eingethanen Erbe nicht mehr vorstehen können, oder solches ihrem Nachfolgern übergeben, welches jedoch ohne Vorwissen und Bewilligung des Guts-Herren nicht geschehen soll, so gebühret denenselben (wann sie auch nur auf Mahljahren das Erbe angenommen) daraus Zeit-Lebens der nöthige Unterhalt, und wird genennet das Leib-Geding, oder die Leib-Zucht." D. H.

17) S. Note 5).

18) §. 9. „Wann der Anerbe noch jung, einer von denen Eltern aber indessen verstürbe, und der überbleibende mit Consens des Guts-Herrn zur zweyten Ehe träte, die Auffahrt bezahlte, die Gebühren allerseits prästirte, auch das Seinige zur Stette brächte, obgleich er oder sie nur auf gewisse Jahre das rechte Erbe oder Stette bewohneten, behalten sie dennoch bey Antretung des rechten Anerben die Leibzucht völlig, gleich als wann sie des Anerben leibliche Eltern wären." D. H.

Münstersche Eigenthums-Ordnung Th. III. Tit. 7. §. 1.[19] [20]).

Durch das Großherzoglich Bergische Decret vom 12. December 1808[21]) und durch das Königl Westphälische Decret vom 23. Januar desselben Jahres[22]) wurde die Leib-

19) „Da in denen eigenbehörigen Güteren, Höfen, Erben, Kotten und dem nach Abzug des Sterbfalls übrigbleibenden Peculio nur eins deren Kinderen (welches vermög dieser Ordnung dazu bestimmt wird) succediren kan, so sind die Elteren, und nach deren Absterben die Anerben und successores schüldig, die übrige Kinder, sie mögen aus erster, oder auch, wann der überlebende Ehegatt sich mit Gutsherrlicher Bewilligung wieder verheyrathet, aus der folgenden Ehe entsprossen seyn, nach den Kräften des Peculii, und vom Erbe habenden Genusses zu dotiren, und auszusteuren." D. H.

20) Wegen des Fürstenthums Minden und der Grafschaft Ravensberg vgl. man in dieser Beziehung:

I. Holsche's in der Note 3) angeführte Schrift S. 376., woselbst in der Anm. zum Cap. XII. §. 12. der Minden-Ravensbergschen Eigenthums-Ordnung bemerkt wird:

„Kinder von Stiefeltern, so auf Mahljahre gesessen, müssen gleich den andern Kindern aus der Stätte abgefunden werden."

II. Wigand in der Note 1) allegirten Schrift Bd. I. S. 306., welcher sagt:

„Seine (des mahljährigen Besitzers) Kinder haben dasselbe Recht, wie die Kinder erster Ehe, und es ist nur dadurch beschränkt, daß diesen der Brautschatz früher bestimmt wird, und somit größer ausfallen kann, so wie, daß dieselben in der Succession ihnen vorgehen. Auch den Kindern aus zweiter Ehe des mahljährigen Besitzers selbst gebührt das Recht auf einen Brautschatz aus dem Gute, wenn die Ehe unter den, im vorigen §. beschriebenen Bedingungen geschlossen" — d. h. von dem zweiten Ehegatten der Weinkauf in gehöriger Weise erlegt — „und das Recht der Mahljahre auch seinem zweiten Ehegatten verschrieben wurde." — Man s. auch S. 265—269. a. a. O. D. H.

21) S. Bergisches Gesetz-Bülletin I. № 6. S. 182—196. D. H.

22) S. Westphälisches Gesetz-Bülletin von 1807 u. 1808. № 27.

eigenschaft mit allen darauf gegründeten Rechten und Verbindlichkeiten in den Eingangs gedachten Landestheilen aufgehoben, und diese Aufhebung durch die Gesetze vom 21. April 1825 über die gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse im vormaligen Königreich Westphalen §§. 1. 2. 4. u. flgd., §§. 15. u. flgd., Gesetzsammlung S. 74., und von demselben Tage über die gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse im vormaligen Großherzogthum Berg §§. 1. 2. 4. u. flgd., §§. 15. u. flgd., Gesetzsammlung S. 94., aufrecht erhalten.

Es kommt nun der Fall vor,

daß auf eine, nach der früheren Verfassung eigenbehörige Stätte zur Zeit, wo diese frühere Verfassung noch in voller Kraft bestand, der mahljährige Besitz auf bestimmte Jahre eingeräumt worden, diese Besitzjahre aber erst nach Publication der fremdherrlichen Decrete abgelaufen sind, und damit die Verpflichtung zur Herausgabe der Stätte an den Anerben eingetreten ist.

So viel bekannt, waltet darüber kein Zweifel ob,

daß ein Mahlzähler, dessen Besitzjahre erst nach der Publication der fremdherrlichen Decrete angefangen haben, das Peculium für sich selbst erwirbt;

und eben so wenig darüber,

daß der, zur Zeit der alten Verfassung eingetretene Mahlzähler das, bis zur Publication der fremdherrlichen De-

---

Th. I. S. 224. u. flgd. — Das Fürstenthum Minden und die Grafschaft Ravensberg, welche von Preußen durch den Tilsiter Frieden vom 9. Juli 1807 an Frankreich abgetreten waren, wurden zu dem, durch das Kaiserlich Französische Decret vom 7. October 1807 neu errichteten Königreich Westphalen, dagegen das, durch den genannten Frieden ebenfalls abgetretene Fürstenthum Münster durch den Tractat vom 1. März 1808 zum Großherzogthum Berg gelegt; vgl. Rabe, neues Hülfsbuch Bd. III. S. 642. 643. 653. D. H.

crete erworbene Peculium bei Ablauf der Mahljahre an den Anerben mit abtreten muß.

Zweifelhaft ist es dagegen:

ob der mahljährige Wirth, dessen Mahljahre vor Publication der fremdherrlichen Decrete angefangen haben, auch das, nach diesem Zeitpunkte erworbene Peculium bei Abtretung der Stätte an den Anerben herauszugeben verpflichtet ist?

Diese Frage ist früher in einigen, Münstersche Colonate betreffenden Fällen bei dem Geheimen Ober-Tribunal bejahend entschieden worden [23]).

Der Hauptgrund dieser frühern Entscheidungen beruht darin, daß durch den Antritt des mahljährigen Besitzes ein wechselseitiges Verhältniß zwischen dem Mahlzähler und dem Anerben entstanden sei, in welchem die, durch die fremdherrlichen Gesetze vom Jahre 1808 herbeigeführte und durch die Preußischen Gesetze vom Jahre 1825 bestätigte Aufhebung des Leibeigenthums nichts habe ändern können, indem diese Aufhebung vielmehr nur das Verhältniß zwischen dem Gutsherrn und dem Colonen gelöst und beziehungsweise anders geregelt habe.

Bei dem zweiten Senate des Geheimen Ober-Tribunals hat sich nun aber die entgegengesetzte Ansicht geltend gemacht. In der Sache Deppendorf wider Görner, genannt Deppendorf, aus der Grafschaft Ravensberg, war von dem zweiten Senat des Oberlandesgerichts zu Paderborn mit Abänderung des, bei

---

23) Vgl. Neues Archiv von Ulrich, Sommer und Böle, Bd. V. S. 280—286., und Entscheidungen des Geheimen Ober-Tribunals Bd. II. № 18. S. 168—186.

dem Land- und Stadtgericht zu Herford in erster Instanz gesprochenen Urteils, der Anerbe mit dem Antrage, den Mahlzähler für schuldig zu erkennen, das während seines mahljährigen Besitzes auf der Stätte erworbene, aber bei der Herausgabe des Gutes verschwiegene Vermögen an ihn abzutreten, aus dem Grunde abgewiesen:

„weil der, vor der Aufhebung der Leibeigenschaft bestandene Grundsatz, daß alles, was ein Eigenbehöriger auf der Stätte erwerbe, dem Eigenthumsherrn erworben werde, und bei der Stätte verbleibe, lediglich ein Ausfluß der Leibeigenschaft zur Sicherung des, dem Gutsherrn gebührenden Sterbefalls sei, durch die erfolgte Aufhebung der Leibeigenschaft aber der Mahlzähler nach dem Gesetz vom 21. April 1825 und den, diesen zum Grunde liegenden fremden Verordnungen in Beziehung auf die Nutzungen der Stätte mit dem wirklichen Colonen gleiche Rechte habe, und daher nicht schuldig sei, das auf der Stätte erworbene Vermögen gleichzeitig mit der Stätte selbst an den Anerben herauszugeben.“

Gegen diese Entscheidung wurde die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt. Der zweite Senat des Geheimen Ober-Tribunals war der Ansicht, daß solche zu verwerfen sei. Wegen der hierdurch entstandenen Meinungsverschiedenheit wurde die Frage:

ob ein mahljähriger Wirth, welcher auf den Grund der Minden-Ravensbergschen Eigenthums-Ordnung vom 26. November 1741, oder der Münsterschen Eigenthums-Ordnung vom 10. Mai 1770, noch vor dem Eintritt der fremden Gesetze über die Aufhebung der Leibeigenschaft zum mahljährigen Besitze des Guts gelangt ist, und dessen Mahljahre erst nach Emanation der Gesetze vom 21. April 1825, oder doch der, diesen zum

Grunde liegenden fremden Gesetze abgelaufen sind, und der hiernach bei der Abtretung des Guts auf Gewährung der Leibzucht Anspruch hat, dagegen auch das ganze Peculium, und namentlich auch dasjenige, was er während des mahljährigen Besitzes durch seinen eigenen Fleiß auf dem Gute erworben hat, an den Anerben herausgeben müsse, oder ob ihm dieser Erwerb als völlig freies Vermögen verbleibe?

zur Entscheidung des Plenums des Geheimen Ober-Tribunals gestellt, und dabei zugleich anheim gegeben, in besondere Erwägung zu ziehen:

ob diese Frage anders zu beantworten sei, je nach dem die Minden-Ravensbergsche oder die Münstersche Eigenthums-Ordnung bei der Entscheidung zum Grunde gelegt werde.

Bei der Berathung im Plenum am 12. December 1838 vereinigte man sich zuvörderst dahin,

daß die bisherige Meinungsverschiedenheit der beiden Senate nicht dasjenige Peculium betreffe, welches der Mahlzähler nach Aufhebung des Leibeigenthums nicht aus den Mitteln der Stätte, sonders anders woher erworben habe, dieser Theil des Peculiums vielmehr dem Mahlzähler jedenfalls verbleiben müsse, und von ihm beim Ablauf der Mahljahre an den Anerben nicht herauszugeben sei; daß dagegen die, durch den Plenar-Beschluß zu erledigende Meinungsverschiedenheit zwischen den Senaten nur das, nach Aufhebung der Leibeigenschaft aus den Mitteln der Stätte erworbene Peculium zum Gegenstande habe.

Es wurde hierauf vom Plenum folgender Beschluß gefaßt:

Ein mahljähriger Wirth, welcher auf den Grund der

Minden-Ravensbergschen Eigenthums-Ordnung vom 26. November 1741, oder der Münsterschen Eigenthums-Ordnung vom 10. Mai 1770 noch vor dem Eintritt der fremden Gesetze über die Aufhebung der Leibeigenschaft zum mahljährigen Besitze des Gutes gelangt ist, und dessen Mahljahre erst nach erfolgter Aufhebung des Leibeigenthums ablaufen, ist nicht verpflichtet, das in dem Zeitraume zwischen dieser Aufhebung und dem Ablauf der Mahljahre aus den Mitteln der Stätte erworbene Peculium an den Anerben herauszugeben.

Gründe.

Zur Vermeidung von Verwirrungen scheint es nothwendig, die Rechtsverhältnisse im Fürstenthum Minden und in der Grafschaft Ravensberg einer-, und die im Fürstenthum Münster andererseits abgesondert zu betrachten.

So viel nun

I. das Fürstenthum Minden und die Grafschaft Ravensberg betrifft, so bedient sich die, für dieselben ergangene Eigenthums-Ordnung vom 26. November 1741 des Ausdruckes „Peculium" nur an einer einzigen Stelle, und zwar wird auch hier damit nicht einmal das Besitzthum des Eigenbehörigen außer dem Erbe, wie sonst üblich ist, bezeichnet. Im Cap. III. §. 4. heißt es nämlich:

„Wann ein Eigenbehöriger stirbet und hinterlässet Kinder, welche etwas an Mobilien oder Immobilien besessen, so im Hause und andern Stetten befunden werden, so wird solches so lange für ein Pertinens der Stette, und bei der Erbtheilung zum Eigenthümlichen Inventario gehörig gehalten, bis von dem Besitzer ein Peculium erwiesen, und, daß es nicht aus der Stette oder aus der Stette Mitteln acquiriret, bescheiniget worden."

Hier ist mithin von dem Falle die Rede, daß ein Drit-

ter, der Verlassenschaft gegenüber, etwas als ihm gehörig vindiciren will. Erweist er daran sein Eigenthum, so nimmt er es als sein Peculium heraus; dasjenige hingegen, was aus der Stätte oder aus der Stätte Mitteln acquirirt worden, wird, obwohl man sonst gerade dies mit dem Ausdrucke: Peculium zu bezeichnen pflegt, ausdrücklich dem Peculium des Dritten gegenübergestellt; es macht einen integrirenden Theil der Verlassenschaft aus, und wird nach der Bestimmung im Cap. VIII. §. 1.[24]) a. a. O. zwischen dem Gutsherrn und dem Anerben zu zwei Hälften getheilt.

Wenn nun auch, wie gedacht, der Ausdruck: Peculium in der Minden-Ravensbergschen Eigenthums-Ordnung sich sonst nicht vorfindet, so kommt es doch auf den bloßen Namen nicht an; der Begriff selbst aber findet sich in der angeführten Ordnung allerdings. Bei dem hier in Rede stehenden Verhältnisse wird nämlich, wie schon oben angedeutet worden, unter Peculium dasjenige verstanden, was der Colon nicht mit dem Erbe zusammen von dem Eigenthumsherrn verliehen erhalten, sondern während seiner Besitzzeit selbst erworben hat. In Beziehung auf diesen Vermögenstheil des Colonen verordnet aber §. 2. Cap. III. a. a. O.:

„Wann ein Eigenbehöriger etwas acquiriret, so acquiriret er es dem Herrn, und bleibet es bey der Stette, wird mit beweinkauffet, und kan nachgehends, so bald der Sterbfall über beyde Eheleute darüber gegangen, ohne Consens des Herrn nicht weiter davon veralieniret werden, sonsten aber und so lange der Sterbfall über beyde verehelichte Personen nicht ergan-

24) S. weiterhin im Text S. 384.

D. H.

gen, bleibet einem jedem Theil über seine Halbscheid inter vivos zu disponiren unbenommen."

In den Eingangsworten dieses Paragraphen wird, mit Rücksicht auf den Ursprung des Erwerbes, nicht unterschieden, namentlich nicht, ob, wie der angeführte §. 4. a. a. O. sich ausdrückt, etwas aus der Stätte oder aus der Stätte Mitteln acquirirt worden. Man muß daher annehmen, daß nach der Minden-Ravensbergschen Eigenthums-Ordnung aller und jeder Erwerb bei der Stätte bleiben soll, obwohl, wie der angeführte §. 2. Cap. III. sich ausdrückt, „einem jeden Theil über seine Halbscheid inter vivos zu disponiren unbenommen bleibt." Damit stimmt denn auch der §. 1. Cap. VIII. vollkommen überein, indem es daselbst heißt:

„Bey Absterben eines Eigenbehörigen gehöret dem Eigenthums-Herrn der so genannte Sterb-Fall, oder dimidia omnium mobilium et moventium bonorum, und kan davon der Eigenbehörige weder per testamentum noch per donationem mortis causa, in praejudicium des Guts-Herrn disponiren, sondern wann ein dergleichen Testament oder Donation gemacht wird, so soll selbiges ipso facto null und nichtig, auch von keiner Kraft seyn.

Jedoch setzen, ordnen und wollen Wir, daß einem Eigenbehörigen erlaubet seyn soll, etwas, aber nicht ultra semissem bonorum mobilium inter vivos pure et absolute — zu verschenken ꝛc."

So viel nun insbesondere das Verhältniß der mahljährigen Wirthe betrifft, so waren sie nach den Bestimmungen der oft erwähnten Eigenthums-Ordnung verpflichtet, nicht blos das, bei dem Antritt der Mahljahre ihnen überwiesene, sondern auch das, während der Mahljahre von ihnen

nen neu erworbene Peculium bei ihrem Abzug dem Anerben mit zu überantworten. Dies versteht sich in Ansehung des, den Mahlzählern bei dem Antritt der Mahljahre überwiesenen Peculiums von selbst. Denn sie sind zufolge des Cap. XI. §. 10.[25]) blos Bewohner und Nießbraucher der Stätte; der Anerbe aber ist, gleich von dem Tode seines Erblassers ab und während der ganzen Dauer der Mahljahre, wahrer Besitzer des Erbes, wie solches von dem Geheimen Ober-Tribunal in Beziehung auf die, nach der Minden-Ravensbergschen Eigenthums-Ordnung zu beurtheilenden Rechtsverhältnisse in Sachen Künsemöller wider Koch und Heidbreder wider Niederbeckmann in den Erkenntnissen vom 10. Januar 1828 und 26. August 1836 angenommen worden;

vgl. Entscheidungen des Geheimen Ober-Tribunals Bd. II. № 1. S. 1—14. und Bd. I. № 38. S. 371—391.

Es muß daher das, bei dem Tode des Eigenbehörigen bei der Stätte befindliche Peculium, so weit dasselbe nicht durch den Sterbefall zur Hälfte dem Gutsherrn anheim fällt, auf den Anerben übergehen, und von dem Mahlzähler demselben erhalten werden, weshalb auch nach Cap. XII. §. 8. a. a. O. „zu Verhütung weitläufiger Disputen zwischen denen auf Mahl-Jahre sitzenden Eltern und Anerben, so oft jemand die Stette auf Mahl-Jahre annimmt, ein richtiges Inventarium conscribiret werden soll."

Hinsichts des neuen eigenen Erwerbes des Mahlzählers scheint es nun zwar auf den ersten Augenblick auffallend, daß dasjenige, was der Mahlzähler als Nießbraucher erwirbt und nicht verzehrt, nicht sein freies Eigenthum blei-

25) S. Note 5).

ben, vielmehr bei Ablauf der Mahljahre dem Anerben ausgeantwortet werden soll. Allein da im Sinne der Eigenthums-Ordnung der Mahlzähler selbst ein Eigenbehöriger ist, so findet auch auf ihn die oben erwähnte Bestimmung des §. 2. Cap. III. Anwendung:

„Wann ein Eigenbehöriger etwas acquiriret, so acquiriret er es dem Herrn, und bleibet es bey der Stette."

Weil hiernach der Erwerb des Eigenbehörigen bei der Stätte Inbleiben soll, muß auch der des Mahlzählers auf den Inhaber der Stätte, auf den Anerben, übergehen.

Mit Rücksicht auf die so eben angeführten Grundsätze, beantwortet sich denn auch die Frage:

ob durch die Aufhebung des Leibeigenthums in der Verpflichtung des Mahlzählers zur Herausgabe des Erwerbes an den Anerben eine Änderung eingetreten sei?

ohne Schwierigkeit. Durch das Westphälische Decret vom 23. Januar 1808 sind die Leibeigenschaft, welcher Art sie auch sein mag, so wie alle darauf gegründete Rechte und Verbindlichkeiten abgeschafft, und dies ist durch §. 4. des Gesetzes vom 21. April 1825, Gesetzsammlung S. 75., bestätigt worden. Jeder, der im Umfang des damaligen Königreichs Westpalen sich im mahljährigen Besitze eines eigenbehörigen Colonats befand, hörte mithin bei Eintritt der Gesetzeskraft des Decrets vom 23. Januar 1808 auf, eigenbehörig zu sein; es mußte folglich auch von demselben Augenblick an jene Bestimmung des Cap. III. §. 2. der Eigenthums-Ordnung:

„Wann ein Eigenbehöriger etwas acquiriret, so acquiriret er es dem Herrn, und bleibet es bey der Stette,"

für ihn außer Anwendung treten. Als ein freier Mann erwarb er hinfort für sich selbst, und nicht mehr für den Herrn und die Stätte. Blieb er nun gleichwohl nach wie

vor verpflichtet, das ihm nur zum Nießbrauch verliehene Erbe und das dabei befindlich gewesene Peculium, nicht minder das, bis zur Gesetzeskraft des Decrets vom 23. Januar 1808, mithin noch während seiner fortdauernden Eigenbehörigkeit, für die Stätte erworbene Vermögen bei Ablauf der Mahljahre dem Anerben auszuantworten, so hat dagegen der Letztere auf den, vom Mahlzähler nach dem eben angegebenen Zeitraum gemachten Erwerb nicht den mindesten Anspruch.

Von den Vertheidigern der entgegengesetzten Meinung wird zwar behauptet, daß die Befugniß des Anerben auf das, von dem Mahlzähler erworbene Peculium als ein Correlat der Verpflichtung des Anerben zu betrachten sei, dem Mahlzähler die Leibzucht und seinen, während der Mahljahre gebornen Kindern den Brautschatz zu gewähren; daß ferner, weil der Mahlzähler, der Aufhebung der Leibeigenschaft ungeachtet, im Besitz dieser Rechte verblieben, derselbe auch die Verpflichtungen erfüllen müsse, unter deren Voraussetzung ihm jene Rechte nur eingeräumt seien; so wie endlich, daß die fremdherrliche Gesetzgebung in diesen, vor ihr eingegangenen contractlichen Verhältnissen nichts habe ändern können.

Allein es ist nicht wohl abzusehen, wie man das Recht des Anerben auf das Peculium des Mahlzählers als ein Correlat seiner angeführten Pflichten gegen den Letzteren ansehen kann, da doch ein viel näherer und weit passenderer Grund zu diesen Pflichten, und zwar so viel die Leibzucht betrifft, in dem Verhältnisse des Anerben als Kind, beziehungsweise als Stief- und Pflegekind, und in der, dem Pfleger für seine Pflege und für die Obsorge hinsichtlich des Gutes gebührenden Vergeltung, in Beziehung auf die Aussteuer der Geschwister aber darin zu finden ist, daß der

Anerbe gegen die Grundsätze des gemeinen Rechts das ganze Vermögen, nach Abzug des Sterbefalls, allein wegnimmt. Von contractlichen Verhältnissen endlich kann gar nicht die Rede sein, da jene Rechte dem Mahlzähler und dessen Kindern gesetz- und observanzmäßig [26]) zustehen, nicht aber auf einem, mit dem Anerben geschlossenen Vertrage beruhen.

Hiernach unterliegt es keinem Bedenken, in Beziehung auf die, in dem Fürstenthum Minden und in der Grafschaft Ravensberg belegenen Colonate die aufgestellte Frage dahin zu beantworten:

daß das, von einem Mahlzähler nach Eintritt der Gesetzeskraft des Decrets vom 23. Januar 1808 erworbene Peculium, auch wenn der Anfang der Mahljahre noch vor dem angegebenen Zeitpunkt fällt, sein Eigenthum verbleibt, und dem Anerben nicht ausgeantwortet zu werden braucht.

II. Was das Fürstenthum Münster betrifft: so hat die für dasselbe ergangene Eigenthums-Ordnung vom 10. Mai 1770 den Begriff von Peculium, als Inbegriff des Vermögens der Eigenbehörigen außer ihrem Rechte an der Stätte, viel schärfer festgehalten, als die Minden-Ravensbergsche Eigenthums-Ordnung.

Die, auf das Peculium bezüglichen Stellen der ersteren sind:

Th. II. Tit. 1. §. 4. [27]), Tit. 5. §. 3. [28]), Tit. 8.

---

26) Vgl. oben S. 375—377. und Note 20).

27) S. weiterhin im Text S. 392. D. H.

28) „Bei der Bestimmung des Gewinns oder Weinkaufs soll unter anderen 1stens auf die Kräften des Peculii; 2tens: Auf die größe des Hofes und der Nützung, und ob das Erbe hoch oder gering in Schatzung stehe; 3tens: Auf die Viel- oder Geringheit der jährlichen Pächten; 4tens: Auf die Zahl der Kinder, welche neben dem An-

§§. 2. 3. 5. 7. 9. [29]), vgl. ebend. §. 1. [30]), Tit. 9. §. 15. [31]), Tit. 10. §. 5. [32]), und

Th. III. Tit. 1. §. 3., Tit. 2. §§. 1. 2., Tit. 4. §. 3., Tit. 5. §§. 2. 3. 8., Tit. 6. §. 1. [33]), Tit. 7. §. 1. [34]).

---

erben und Successoren auf dem Hofe sind, und noch ausgesteuret werden müssen; 5tens: Auf den nächst-vorigen Anschlag der Gewinn-Gelder, und endlich 6tens: Auf die Länge oder Kürze der Zwischen-Zeit, so von dem einen Gewinn zu dem andern abgeloffen, gebührende Rücksicht genommen, und der Anerb in dem Anschlag nicht übernommen werden." D. H.

29) S. Note 10).

30) S. ebendaselbst.

31) S. weiterhin im Text Seite 394. D. H.

32) „Damit gleichwohl alsdann der Guts-Herr wegen des Sterb-Falls keine Verkürtzung zu besorgen habe, so soll derselbe befügt seyn, das Peculium, sobald die Alten das Erbe übergeben haben, aufschreiben, taxiren und bedingen, oder in natura ausnehmen zu lassen." D. H.

33) Tit. 1. §. 3. „Alle übrige Contracten aber (welche zu dem Genuß und nützlicher Verwaltung der Stette gehören, oder nur das Peculium, nicht aber das Prädium selbst, oder dessen Gerechtsame betreffen, wann sie in dieser Ordnung nahmentlich nicht ausgenommen, und auch ob rationis paritatem unter den ausgenommenen nicht begriffen sind) mögen die Eigenbehörige ihres Gefallens schliessen und eingehen, und muß der Guts-Herr ihnen daran nicht hinderlich seyn."

Tit. 2. §. 1. „Dem Eigenbehörigen ist, wie oben schon verordnet worden, zwar erlaubt, ein oder anderes zu seinem Erbe gehöriges Stück Landes, welches er selbst füglich nicht unter bringen, und verarbeiten kan, zu besserem Nutzen und mehrer Bequemlichkeit anderen, jedoch nicht länger, als jedesmahl auf eine Mist-Saat in Pacht oder Mieth zu geben; Er muß aber die Pacht- oder Mieth-Gelder sich jährlich, und nicht voraus und für alle Jahren auf einmahl zahlen lassen, sonst, wann der Locator immittels zu sterben käme, ist der Nachfolger, er möge Successor in Peculio seyn oder nicht, die noch übrige Pacht-Jahren auszuhalten nicht schüldig, sonderen die verpachteten Ländereyen, ohne die geringste Erstattung der vorausgezahlten Pacht wieder anzugreiffen, und an sich zu nehmen befugt. — —"

Es ist danach das Peculium das wahre Eigenthum des Colonen, obschon er allerdings in Beziehung auf dasselbe manchen Einschränkungen unterworfen ist, welche meistentheils ihren Ursprung in der Eigenbehörigkeit finden. Das hauptsächlichste Recht des Eigenthumsherrn auf das Peculium ist der Sterbefall. Wenn nämlich von zwei

---

Ebend. §. 2. „Es bleibet auch der anticipirten Zahlung ungehindert ein solcher Conductor pro rata des für die noch nicht verflossene Pacht-Jahren voraus gezahlten Mieth-Geldes für die Gutsherrliche Pächte haftbar, dergestalt, daß der Guts-Herr (wann er sich aus des Coloni eigenen Früchten oder aus dessen Peculio, obsonst anderst nicht erhohlen kan) an denselben sich halten, auch die auf dem verpachteten Lande obhandene Frucht in Anspruch nehmen, und sich daraus bezahlt machen könne."

Tit. 4. §. 3. „Würde aber ein Eigenbehöriger mehr als einen vierten Theil seines Peculii verschenken, so ist die Donation, in so weit das Geschenk den vierten Theil übertrift, unkräftig, und von keiner Würckung."

Tit. 5. §. 2. „Hat nun der Guts-Herr seinen Consens dazu" — zur Aufnahme von Schulden (§. 1.) — „gegeben, so ist nicht allein der Schuldner und Anerb oder Nachfolger (wann er auch ein Fremder, und kein Successor in Peculio wäre), sonderen auch der Hof oder das Erbe selbst (wann solches in der Bewilligungs-Urkunde zum Unterpfand gesetzet worden) für die Schuld haftbar."

Ebend. §. 3. „Es ist und bleibet aber doch der Eigenbehörige der Principal-Schuldner und mag der Glaubiger nicht ehender (als wann er von demselben oder aus dem Peculio seine Zahlung nicht erhalten kan) das verpfändete Erbe in Anspruch nehmen."

Ebend. §. 8. „Alle übrige" — nämlich außer den in den §§. 6. und 7. bezeichneten — „unbewilligte Schulden aber — — ist der Anerb oder Nachfolger, wann er kein Successor in Peculio ist, zu tragen, und abzufinden, nicht verbunden."

Tit. 6. §. 1. „Wenn ein Eigenbehöriger Schulden machet, und sein Vermögen oder Peculium zum Unterpfand setzt, ist die gestellte Hypothec zwar gültig und fölglich auch der Glaubiger, wann schon die Schuld Gutsherrlich nicht bewilliget wäre, zur Erhaltung seiner Befriedigung darauf — gerichtlich zu verfahren berechtigt." D. H.

34) S. Note 19).

Ehegatten der eine stirbt, so erbt nach Th. II. Tit. 8. §. 2.[35]) der Gutsherr von dem, zur Zeit des Absterbens vorhandenen sämmtlichen Vermögen die eine Hälfte, und die andere verbleibt dem Überlebenden; geht hiernächst auch dieser, ohne Hinterlassung ehelicher Leibeserben, mit Tode ab, so ist auch die zweite Hälfte und — wie es im §. 2. a. a. O. wörtlich heißt — „was derselbe weiter für sich gebracht, und erworben hat, mithin das gantze Peculium nach Abzug der Schülden dem Guts-Herrn, mit Ausschluß deren nächsten Verwandten und Erben ab Intestato, verfallen;" hinterläßt aber der letztlebende Ehegatte Kinder, und nimmt der Gutsherr den Sterbefall in Natur, so bekommt er nach §. 3. a. a. O.[36]) nur die Hälfte des nachgelassenen Vermögens (einen halben Theil der Hälfte), die andere Hälfte bleibt „dem Anerben und auf'm Erbe;" läßt der Gutsherr sich dagegen den Sterbefall in Gelde bezahlen, so behält der Anerbe oder die Kinder „das gantze Peculium cum commodo et onere." Übrigens sind die Eigenbehörigen befugt, in Beziehung auf das Peculium beliebig Contracte zu schließen, und über dasselbe zu verfügen, so fern nicht die Eigenthums-Ordnung ausdrücklich Ausnahmen festsetzt, Th. III. Tit. 1. §. 3.[37]). Zu diesen gehört vornehmlich, daß die Eigenbehörigen nicht mehr als den vierten Theil des Peculiums verschenken dürfen, a. a. O. Tit 4. §. 3.[38]); daß ihnen Testamente und Schenkungen von Todeswegen ganz untersagt sind, Th. I. Tit. 7. §. 1., Th. III. Tit. 4. §. 1.[39]); daß ihre Schulden, wenn nicht

35) S. Note 10).
36) S. daselbst.
37) S. Note 33).
38) S. daselbst.
39) Th. I. Tit. 7. §. 1. „Eigenbehörige können, so lang sie

blos der Anerbe oder Nachfolger, welcher zugleich „Successor in Peculio" ist, dafür verhaftet sein soll, des Consenses des Gutsherrn bedürfen, Th. III. Tit. 5. §§. 1. 2. 3. 8.[40]).

Eine für den Eigenbehörigen so präjudicirliche Bestimmung aber, wie die Vorschrift im Cap. III. §. 2. der Minden-Ravensbergschen Eigenthums-Ordnung:

„Wann ein Eigenbehöriger etwas acquiriret, so acquiriret er es dem Herrn, und bleibet es bey der Stette,"

ist in der Münsterschen Eigenthums-Ordnung nicht enthalten. Vielmehr wird in der letzteren Th. II. Tit. 1. §. 3. nur der Grundsatz ausgesprochen,

wie die Präsumtion dafür streite, daß „alle Äcker, Gärten, Ländereien, Wiesen, Weiden, Holz-Gewächs, Fischereien und Gerechtigkeiten," welche ein Eigenbehöriger besitzt, für Zubehörungen der Stätte — des Prädii, wie es im §. 3. a. a. O. heißt — zu halten seien;

zugleich aber wird im §. 4. ebend. sofort hinzugefügt:

„Hätte jedoch der Eigenbehörige von solchen Gründen und Pertinentien ein und anderes Stück selbst erweißlich angekaufet, oder auf eine andere Art rechtmäßig er-

---

Leibeigen sind, kein Testament machen, noch durch eine andere letzte Willens-Verordnung über das erworbene Vermögen disponiren."

Th. III. Tit. 4. §. 1. „Gleichwie denen Eigenbehörigen die Macht benommen ist, eine Testamentarische oder andere letzte Willens-Verordnung zu machen, also ist auch denenselben nicht erlaubt, mortis causa oder von Todts-wegen von ihrem Vermögen etwas zu verschencken."

D. H.

40) §. 1. „Die Eigenbehörige sollen sich, so viel möglich, vor Schulden hüten, und wann sie Geld aufzunehmen benöthigt sind, solches und die Ursach, warum sie zu der Aufnahm gezwungen werden, ihrem Guts-Herren vortragen, und bey demselben sich um die Gutsherrliche Bewilligung geziemend bewerben."

Die §§. 2. 3. 8. a. a. O. S. Note 33). D. H.

worden, so gehört solches ihm, und nicht ehender als nach seinem Absterben pro rata des Sterbfalls mithin gantz oder zum Theil zu dem Erbe, wann es vorhin, wie denen Acquirenten freistehet, nicht wieder veräussert worden;"

wie denn auch der §. 2. Tit. 2. a. a. O. verordnet:

„Diesem Zufolge dann geniesset der Eigenbehörige von seinem Hofe oder Erbe, und sämtlichen dazu gehörigen Pertinentien alle Früchten und Nutzbarkeiten, die durch Fleiß und Arbeit, oder auch von der Natur selbst herfür gebracht werden."

Hiernach fällt der Grund, weshalb bei den Minden- und Ravensbergschen Colonaten der Mahlzähler das von ihm erworbene Peculium dem Anerben herausgeben mußte, nämlich weil er als Eigenbehöriger Alles, was von ihm erworben wurde, der Stätte erwarb, bei den Münsterschen Colonaten gänzlich fort.

Ein anderer, in der Münsterschen Eigenthums-Ordnung selbst liegender Grund, aus welchem jene Verbindlichkeit des Mahlzählers auch für die Münsterschen Colonate hergeleitet werden könnte, ist aber nicht aufzufinden.

Daß der Mahlzähler das, bei dem Antritt der Mahljahre vorhandene Peculium, eben so wie die Stätte selbst, nur als Usufructuar nutznießen darf, und mit der Stätte an den Anerben hiernächst herausgeben muß, ist zwar ganz in der Ordnung. Denn der Anerbe wird nach Th. III. Tit. 7. §. 1.[41]) Besitzer des gesammten Vermögens, mit Einschluß des Peculiums, so weit nicht ein Theil davon durch den Sterbefall an den Herrn gelangt, und der §. 15. Tit. 9. Th. II. bestimmt ausdrücklich:

---

41) S. Note 19).

„Dann sollen auch die auf Mahljahren gesetzte Ehe-Leute ein richtiges Inventarium oder Verzeichnüß aller Mobilien und Moventien, mithin des gantzen Peculii und der Schülden ihrem Guts-Herren einlieferen, damit dieser bey dem Abzug daraus, wie sie auf dem Erbe gewirthschaftet haben, ersehen, und in Bestimmung der Leib-Zucht sich darnach richten könne."

Allein die Pflicht, das zum Nießbrauch und zur Verwaltung Empfangene nach Ablauf der Mahljahre dem Anerben wieder auszuantworten, ist doch gar weit von einer Verbindlichkeit verschieden, auch noch dasjenige Peculium, das der Mahlzähler während der Mahljahre erworben hat, dem Anerben herausgeben zu müssen.

Nach der Natur der Sache und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen muß, wie der eigenbehörige Colon den vollen Genuß des Erbes für sich, nicht für den Herrn und eben so wenig für die Stätte hat, eben so auch dem Mahlzähler ein gleiches Nutzungsrecht zugesprochen werden, und nur ausdrückliche Vorschriften könnten die Annahme des Gegentheils rechtfertigen; solche sind aber in der Münsterschen Eigenthums-Ordnung nicht zu finden.

Wenn bisher, in Widerspruch mit den eben entwickelten Grundsätzen, angenommen ist, daß der Mahlzähler auch das während der Mahljahre erworbene Peculium dem Anerben herausgeben muß: so scheint es, daß man sich dabei vornehmlich auf den vorher erwähnten §. 15. Tit. 9. Th. II. der Eigenthums-Ordnung gestützt hat. Dieser §. rechtfertigt jene Meinung indeß nur dann, wenn man denselben so versteht, als sei darin von einem Inventarium die Rede, welches der abziehende Mahlzähler beim Ende der Mahljahre dem Gutsherrn einzureichen habe; allein eine solche Auslegung des §. 15. a. a. O. würde durchaus unrichtig

sein. Man darf nämlich diese Stelle nur mit dem §. 9. Tit. 5. Th. III. vergleichen, um sich zu überzeugen, daß jener §. 15. Tit. 9. Th. II. nur von dem die Mahljahre antretenden, nicht von dem abgehenden Mahlzähler rede. Denn im §. 9. a. a. O. heißt es:

„Wann eigenbehörige Ehe-Leute (welche, wie oben in dem 2ten Th. Tit. 9. §. 13. gedacht ist, auf Mahljahren, und nach Verlauf derenselben auf die Leibzucht zu sitzen kommen) immittels Schulden gemachet hätten, so hat der Guts-Herr aus dem, bei Antrettung der Mahljahren errichteten Inventario, nach dem Zustand der Schulden, wie selber damahls gewesen, sich zu erkündigen, und wann nach der Zeit mehrere ohne Bewilligung oder unnöthiger Weise contrahiret wären, dahin zu sorgen, daß die Leibzucht, so viel thunlich, eingeschränket, und daraus die contrahirte neue Schulden gantz oder zum Theil abgefunden werden."

Hiernach ist nun so viel klar, wie der §. 15. Tit. 9. Th. II. nur davon spricht, daß der antretende Mahlzähler ein Inventarium des ganzen Peculiums und der Schulden dem Gutsherrn einzureichen habe. Daraus läßt sich mit Fug und Recht wohl herleiten, daß der Mahlzähler für das, in den mahljährigen Besitz mit hinübergenommene Peculium verantwortlich bleibt, und dasselbe künftig wieder herausgeben muß; nicht aber folgt aus dieser Vorschrift, daß der Mahlzähler auch das während der Mahljahre erworbene Peculium mit dem Ablaufe der Mahljahre dem Anerben auszuantworten verpflichtet sei.

Muß nach allem diesen angenommen werden, daß, auch bei noch bestehendem Leibeigenthum, der Münstersche Eigenbehörige, wenn er auf Mahljahre saß, nur das bei Antritt der Mahljahre vorhanden gewesene, keineswegs aber

das während derselben erworbene Peculium, bei deren Ablauf an den Erben herauszugeben hatte, so versteht es sich von selbst, daß hierin die, durch das Bergische Decret vom 12. December 1808 erfolgte und durch das Gesetz vom 21. April 1825 §. 4. (Gesetzsammlung S. 95.) bestätigte Aufhebung der Leibeigenschaft nichts geändert haben kann.

Der Einwurf endlich,

> daß die Verpflichtung des, vor Aufhebung des Leibeigenthums eingetretenen Mahlzählers zur Herausgabe des ganzen, bis zum Ablauf der Mahljahre erworbenen Peculiums an den Anerben, ein Correlat seines Rechts auf Leibzucht und Aussteuerung seiner Kinder sei, und in diesem, vor Eintritt der neuen Gesetzgebung einmal eingegangenen contractlichen Verhältniß durch die neuen Gesetze nichts habe geändert werden können,

ist bereits oben bei Beurtheilung der Minden-Ravensbergschen Verhältnisse widerlegt worden.

Den dort angeführten Gründen tritt aber noch hinzu, daß die Größe des Peculiums sowohl nach §. 15. Tit. 9. Th. II.[42]) auf die Bestimmung der Leibzucht, als nach §. 6. Tit. 7. Th. III.[43]) in Verbindung mit §. 3. Tit. 5. Th. II.[44]).

---

42) S. vorher im Text Seite 394. D. H.

43) „Solte aber wider alle Zuversicht ein Guts-Herr hierunter auf geziemendes Ansuchen der Billigkeit kein Gehör geben, oder den Kinderen nichts zustehen wollen, so mögen die Elteren oder Kinder bey der vorgesetzten Obrigkeit sich darüber beschweren, und soll alsdann die Determination der Aussteuer oder des Brautschatzes (nachdem der Guts-Herr von der angehobenen Klage denuntiirt, und vorher die Güte inter Partes versuchet worden) von Gerichts- und Amtswegen geschehen, und dabey beobachtet werden, was in dem zweyten Theil dieser Ordnung Tit. 5. §. 3. erinnert und vorgeschrieben ist.“ D. H.

44) S. Note 28).

der Münsterschen Eigenthums-Ordnung auf die Bestimmung der Brautschätze von Einfluß ist; je weniger also der Mahlzähler dem Anerben an Peculium überliefert, destoweniger auch der Letztere dem Mahlzähler und seinen Kindern an Leibzucht und Brautschätzen zu gewähren hat. Abgesehen hiervon ist überdies auch ein, nach dem Decret vom 12. December 1808 eingetretener Mahlzähler mit dem Ablauf der Mahljahre Leibzucht für sich und Aussteuer für seine Kinder von dem Anerben zu fordern unbedenklich berechtigt, dessenungeachtet aber, wie nicht bestritten wird, zur Ausantwortung des Peculiums an den Anerben nicht verpflichtet;

vgl. Welter, über das gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß ꝛc. S. 414.

Besteht daher hinsichtlich eines solchen, nach Aufhebung der Leibeigenschaft eingetretenen Mahlzählers für den Anerben die Pflicht zur Gewährung der Leibzucht und Ausstattung der Kinder ohne das Recht auf das vom Mahlzähler erworbene Peculium, so ist nicht abzusehen, weshalb ein Gleiches nicht in Betreff der, vor Aufhebung der Leibeigenschaft eingetretenen Mahlzähler soll gelten können; in keinem Falle aber liegt eine innere Nothwendigkeit vor, jene Pflicht und jenes Recht des Anerben als correlat zu denken.

Somit muß denn auch die, zur Entscheidung des Plenums gelangte Frage hinsichtlich der im Fürstenthum Münster belegenen Colonate, eben so beantwortet werden, wie dies in Betreff der Minden-Ravensbergschen zu I. angegeben worden ist.

№ 38.

Stromschiffer. Fracht.

Der Stromschiffer ist eben so wie der Seeschiffer die Zahlung der Fracht sogleich nach Ablieferung sämmtlicher Waaren von dem im Connoissement bestimmten Empfänger derselben zu fordern berechtigt.

A. L. R. Th. II. Tit. 8. §. 1722 [1]).

Allerhöchste Cabinetsorder vom 23. September 1835, wegen des Rechtsverhältnisses der Eigenthümer von Stromfahrzeugen zu den Führern derselben und der Schiffsführer zu den Schiffsknechten; Gesetzsammlung S. 222. [2])

Der §. 1722. Tit. 8. Th. II. des A. L. R. verordnet: „Die Zahlung der Fracht ist der Schiffer, sogleich nach Ablieferung sämmtlicher Waaren, von dem im Connoissement bestimmten Empfänger derselben zu fordern berechtigt."

Es ist zweifelhaft: ob diese Vorschrift auch auf Stromschiffer, nicht blos auf Seeschiffer, Anwendung findet.

In früheren Entscheidungen des Geheimen Ober-Tribunals [3]) ist die Frage bejahet worden; bei einem

---

1) Über den §. 1722. a. a. O. vgl. man: Meditationen über einzelne Stellen des Preuß. Rechts № 29., im Central-Blatt für Preuß. Juristen, Jahrg. 1838. S. 522—525. D. H.

2) Vgl. Hinschius, zur Erläuterung der Allerhöchsten Cabinetsorder vom 23. September 1835, juristische Wochenschrift Jahrg. 1835. S. 357. D. H.

3) Vgl. unsere Rechtsprüche Bd. IV. № 27. S. 259. u. flgd., besonders S. 263. und 264. D. H.

neuerlich zur Entscheidung vorliegenden Fall hat jedoch der dritte Senat die entgegengesetzte Meinung angenommen.

Die streitige Frage ist daher zur Berathung des Plenums verwiesen worden, welches sich durch den Beschluß vom 26. Aug. 1839, in Übereinstimmung mit der früheren Ansicht, für die Anwendbarkeit des §. 1722. a. a. O. auf Stromschiffer erklärt hat.

Gründe.

Der 11. Abschn. des 8. Tit. im II. Th. des A. L. R. „von Rhedern, Schiffern und Befrachtern," welcher die §§. 1389—1765. enthält, ist der einzige, der die Rechtsverhältnisse der Schiffer behandelt; eine besondere Unterabtheilung, die sich ausschließlich auf Stromschiffer bezieht, findet sich indeß in jenem Abschnitte nicht, und eben so wenig sind eigenthümliche Vorschriften hinsichtlich der Stromschiffer an andern Stellen des A. L. R. enthalten. Viele Bestimmungen des Abschn. 11. a. a. O. handeln nun auch, wie ihr Inhalt leicht erkennen läßt, allein von Seeschiffern, und können, nach der Natur der Sache, auf Stromschiffer nicht Anwendung finden, bei vielen Vorschriften jenes Abschnitts ist dagegen kein Grund ersichtlich, weshalb sie auf Seeschiffer zu beschränken, und nicht auch auf Stromschiffer zu beziehen sein sollten [4]). Zu den letzteren

---

4) Diese Ansicht wird, außer in den, Note 2) angeführten Rechtssprüchen und der daselbst [Bd. II. S. 259. Note 1)] extrahirten Stelle aus Bielitz, Commentar zum A. L. R. Bd. VI. S. 598., noch angenommen von

von Rönne in Klein, System des Preuß. Civilrechts, 1. Ausg. Bd. I. S. 325. Note 1).

Temme, Handbuch des Preuß. Privatrechts §. 128. S. 94., und

Hinschius, in der Note 1) allegirten Abhandlung. Hier heißt es S. 357.:

würden namentlich die §§. 1620—1741. a. a. O. über das Verhältniß zwischen den Schiffern und den Befrachtern zu rechnen sein, wenn nicht Rücksichts desselben durch die Allerhöchste Cabinetsorder vom 23. September 1835 (Gesetzsammlung S. 222.) ein Anderes festgesetzt wäre.

In dem Eingange dieser Order wird anerkannt, daß der Mangel gesetzlicher Bestimmungen über das Rechtsverhältniß der Eigenthümer von Stromfahrzeugen zu den Führern derselben und der Schiffsführer zu den Schiffsknechten fühlbar geworden sei. Hiernächst werden zur Beseitigung des angedeuteten Mangels, vorbehältlich der allgemeinen Gesetz-Revision, folgende Bestimmungen getroffen: Unter № 1. wird — wie dies in Betreff der Seeschifffahrt schon durch die Allerhöchste Cabinetsorder vom 23. November 1831, Gesetzsammlung S. 255., geschehen war — auch das Verhältniß zwischen den Stromschiffern und den Schiffsknechten (vgl. §§. 1534—1619. des A. L. R. a. a. O.) den Vorschriften der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810 untergeordnet; unter № 2. werden die Vorschriften des A. L. R. über das Verhältniß der Schiffs-

„Ein nicht geringer Theil der Vorschriften des eilften Abschnittes im achten Titel des zweiten Theils des A. L. R. bezieht sich augenscheinlich nur auf die Seeschifffahrt. Hieraus hat man die Folgerung hergeleitet, daß der ganze Abschnitt nur diese betreffe und die Stromschifffahrt ausschließe. (Es) kann diese Folgerung nicht für richtig erachtet werden, und die Gerichte haben auch größtentheils bei Streitigkeiten, die sich bei Gelegenheit der Stromschifffahrt ereignen, in Ermangelung aller sonstigen gesetzlichen Bestimmungen, die Vorschriften jenes Abschnittes zum Grunde gelegt, wie aus dem Rescripte vom 10. Januar 1818 (Jahrb. Bd. XI. S. 17.) hervorgeht."

Anderer Meinung ist von Rönne in der 2. Ausg. des Systemes von Klein, Bd. I. S. 330. Note 2). D. H.

Schiffsrheder zu den Schiffern (vgl. §§. 1445—1533. a. a. O.) auch auf das Verhältniß der Eigenthümer der Stromfahrzeuge zu den Stromschiffern ausgedehnt; unter № 3. ist wörtlich bestimmt:

„daß das Verhältniß zwischen den Stromschiffern und den Befrachtern nach den Vorschriften des A. L. R. Th. I. Tit. 11. §§. 869—920." — von Verträgen über Handlungen — „zu beurtheilen ist"; [5])

№ 4. endlich ordnet über das Verfahren bei Streitigkeiten zwischen den Eigenthümern der Stromfahrzeuge und den Schiffern, so wie zwischen diesen und dem Schiffsvolke das Nöthige an.

Hieraus ergiebt sich zunächst unzweideutig, daß nach der Ansicht des Gesetzgebers bis zu der, von ihm getroffenen Bestimmung die Vorschriften des A. L. R. a. a. O. §§. 1445—1533. auf das Verhältniß der Eigenthümer der Stromfahrzeuge zu den Stromschiffern nicht zu beziehen waren, weil es sonst einer Ausdehnung jener Paragraphen auf dieses Verhältniß nicht bedurft hätte. Es folgt aber auch ferner, daß die Unterabtheilung № IV. im Abschn. 11. Tit. 8. Th. II. des A. L. R. über das „Verhältniß zwischen den Schiffern und den Befrachtern" (§§. 1620—1741 a. a. O.) nicht, wie man nach der allgemeinen Fassung der darin enthaltenen Vorschriften anzu-

---

5) Vgl. die Note 2) angeführte Abhandlung von Hinschius, in welcher es S. 359. heißt:

„Zu bemerken ist hierbei —, daß — die letztere Vorschrift" (nämlich die in № 3. der Allerh. Order vom 23. September 1835) „der Analogie des §. 2458. a. a. O. (Tit. 8. Th. II. des A. L. R.) folgt, wonach das Verhältniß zwischen Privatfuhrleuten und denjenigen, welche sie gedungen haben, nach den Vorschriften der §§. 869—920. (Tit. 11. Th. I. a. a. O.) zu beurtheilen ist."

D. H.

nehmen berechtigt wäre, auf Stromschiffer, sondern nur auf Seeschiffer angewendet werden darf, da das Verhältniß zwischen jenen und den Befrachtern nach den allgemeinen Vorschriften von Verträgen über Handlungen beurtheilt werden soll.

Es scheint nun zwar, und ist wirklich behauptet worden, daß hiernach auch der §. 1722., der sich in jener IV. Unterabtheilung des 8. Abschn. a. a. O. befindet, bei Beurtheilung des Verhältnisses zwischen dem Stromschiffer und dem Empfänger der von ihm geladenen Waaren ausgeschlossen bleiben müsse.

Diese Behauptung geht indeß zu weit.

Der Stromschiffer erhält nicht minder als der Seeschiffer in dem, ihm von dem Befrachter ausgehändigten Frachtbriefe eine Anweisung über den Betrag der Fracht auf den Empfänger der Ladung, und tritt dadurch zu dem Befrachter in das Rechtsverhältniß eines Bevollmächtigten, dem die Ausübung derjenigen Rechte zusteht, welche der Befrachter selbst, wenn er an dem Bestimmungsorte der Waaren gegenwärtig wäre, auszuüben haben würde. In der Eigenschaft als Assignatar ist aber der Schiffer nach dem A. L. R. Th. I. Tit. 16. §§. 277. u. flgd. nicht blos befugt, sondern sogar verpflichtet,

vgl. Rescript vom 15. August 1812, Jahrbücher Bd. I. S. 246.,

die angewiesene Fracht von dem Empfänger der Waaren einzuziehen. Etwas anderes bestimmt der §. 1722. a. a. O. nicht, und es kann keinem Bedenken unterliegen, diese, den allgemeinen Grundsätzen von der Assignation entsprechende Vorschrift nicht auf Seeschiffer zu beschränken, sondern auch, wenigstens analog, auf Stromschiffer anzuwenden.

Dem steht auch die Bezugnahme der Allerhöchsten Ca-

binetsorder vom 23. September 1835 auf die Bestimmungen des A. L. R. von Verträgen über Handlungen (Th. I. Tit. 11. §§. 869—920.) nicht entgegen. Diese letzteren enthalten über die Befugniß des Stromschiffers, von dem Empfänger der Waaren die Zahlung der Fracht zu fordern, keine Entscheidungsnorm. Es entsteht daher durch die Bezugnahme auf jene Vorschriften in der Gesetzgebung eine Lücke, und um diese auszufüllen, ist es nicht allein zulässig, sondern auch nothwendig, auf den §. 1722. Tit. 8. Th. II. a. a. O. zurückzugehen.

№ 39.

Hausiren. Gewerbeschein. Kaufmann. Reisender Handlungsdiener.

Kaufleute und Handlungsgehülfen derselben, welche im Umherreisen Waarenbestellungen suchen, ohne sich über die Befugniß dazu durch einen Gewerbeschein ausweisen zu können, haben, wenn ihnen auch bei gehöriger Meldung der Gewerbeschein steuerfrei zu ertheilen war, doch den vierfachen Betrag des Steuersatzes von zwei Thalern als Strafe zu entrichten, und überdies die Confiscation derjenigen Gegenstände verwirkt, die sie wegen ihres Gewerbes bei sich führen.

Regulativ über den Gewerbebetrieb im Umherziehen und insbesondere das Hausiren, vom 28. April 1824. §§. 26—28. 30.; vgl. §§. 2. 5. 7. 11. 13. 20., Gesetzsammlung S. 125. u. flgd.

Allerhöchste Cabinetsorder vom 12. Februar 1831., wegen Befreiung der Kaufleute und Fabrikanten von der Entrichtung besonderer Gewerbesteuer für die Gewerbescheine zum Aufsuchen von Waarenbestellungen, und zum Waaren-Aufkauf, Gesetzsammlung S. 5.

Allerhöchste Cabinetsorder vom 31. December 1836., den Gewerbebetrieb im Umherziehen und das desfallsige Regulativ vom 4. December 1836. betreffend, Gesetzsammlung 1837. S. 13.

Vgl. Gesetz wegen Entrichtung der Gewerbesteuer vom 30. Mai 1820. §§. 2. und 20. Lit. a., Gesetzsammlung S. 147. u. flgd.

Die Allerhöchste Cabinetsorder vom 12. Februar 1831, Gesetzsammlung S. 5., verordnet, daß von Kaufleuten, neben der Gewerbesteuer für ihr kaufmännisches Gewerbe überhaupt, künftig eine besondere Steuer für diejenigen Gewerbescheine nicht erhoben werden soll, deren sie für ihre Person oder für die ausschließend in ihrem Dienste stehenden Handlungsgehülfen bedürfen, wenn sie im Umherreisen Waarenbestellungen suchen.

Diese Vorschrift hat darüber Zweifel veranlaßt:

welche Folgen es herbeiführt, wenn Kaufleute oder ihre Handlungsgehülfen, die im Umherreisen Waarenbestellungen suchen, die Befugniß dazu durch einen Gewerbeschein nicht darzuthun vermögen.

Insbesondere ist die Frage aufgestellt worden:

ob in dem vorausgesetzten Falle nur eine solche Übertretung des Regulativs vom 28. April 1824, Gesetz-

sammlung S. 125. u. flgd., anzunehmen sei, die nach §. 30. desselben blos eine Ordnungsstrafe nach sich zieht?

Das Plenum des Geheimen Ober-Tribunals hat in der Sitzung vom 26. August 1839 diese Frage verneint, und folgenden Beschluß gefaßt:

Kaufleute und ihre Handelsgehülfen, welche im Umherreisen Waarenbestellungen suchen, ohne sich über die Befugniß dazu mittelst Gewerbescheins für das laufende Jahr ausweisen zu können, sind, wenn auch nach der Allerhöchsten Cabinetsorder vom 12. Februar 1831 von ihnen für diesen Gewerbeschein eine besondere Steuer nicht erhoben werden könnte, dennoch nach den Bestimmungen des Hausir-Regulativs vom 28. April 1824 im §. 26. und den sie modificirenden der Allerhöchsten Cabinetsorder vom 31. December 1836 zu bestrafen.

Die

Gründe

dieses Beschlusses sind folgende:

Das unterm 21. Mai 1824 Allerhöchst genehmigte Regulativ über den Gewerbebetrieb im Umherziehen und insbesondere das Hausiren vom 28. April 1824 verordnet:

§. 26. „Wer umherziehend ein Gewerbe treibt, ohne sich über seine Befugniß dazu mittelst Gewerbescheins für das laufende Jahr ausweisen zu können, hat nicht nur die Jahressteuer im höchsten Satze nachzuzahlen, und außerdem den vierfachen Betrag derselben als Strafe zu entrichten, sondern auch überdies die Confiscation derjenigen Gegenstände verwirkt, die er wegen seines Gewerbes bei sich führt.“ —

§. 27. „Eine gleiche Strafe, nur mit Wegfall der Nachzahlung der Steuer, trifft denjenigen, welcher zwar einen Gewerbeschein besitzt, aber ein anderes als das

darin genannte Gewerbe treibt, oder andere als die ihm danach gestatteten Waaren führt."

§. 28. „Dasselbe findet statt, wenn der Inhaber des Gewerbescheins den letzten an einen Dritten verleiht, überläßt oder abtritt, oder andern Mißbrauch damit treibt, oder wenn das Gewerbe für Rechnung des Inhabers von einer dritten, in dem Gewerbeschein nicht genannten Person getrieben wird. In diesen Fällen trifft die volle Strafe den Inhaber sowohl als den Dritten, und der Letztere muß außerdem noch, wie in dem Falle des §. 26., die Steuer nachzahlen; auch muß einer für den Andern solidarisch haften."

§. 30. „Andere Übertretungen des gegenwärtigen Regulativs, für welche vorstehend nicht besondere Strafen bestimmt sind, sollen mit einer Geldstrafe von 10 Sgrn. bis 10 Thlrn. geahndet werden."

Sowohl nach dem Gesetze wegen Entrichtung der Gewerbesteuer vom 30. Mai 1820 §§. 2. und 20. Lit. a., Gesetzsammlung S. 148. 150., als nach dem Regulativ vom 28. April 1824 §§. 2. 5. 7. 13. und 20. soll aber das Versenden von Waaren ohne Bestellung außerhalb des Wohnorts und das Suchen von Waarenbestellungen als ein besonderes Gewerbe angesehen, zum „Gewerbebetrieb im Umherziehen" gerechnet, und dazu jedesmal ein besonderer Gewerbeschein gelöset werden. Namentlich wird im §. 13. des Regulativs bestimmt:

daß zum Durchreisen der Provinz, um Waarenbestellungen zu suchen, Mittelspersonen (reisende Diener) zulässig seien, jedoch auch für solche Gehülfen und Diener die im §. 11. № 1—3. vorgeschriebenen Erfordernisse nachgewiesen, und sie in dem Gewerbescheine namentlich benannt und signalisirt werden müssen.

Da nun nach den angeführten Gesetzen für dies Gewerbe eine besondere bestimmte Steuer zu entrichten war, so unterlag es keinem Bedenken, die Strafbestimmungen in den mitgetheilten §§. 26—28. des Regulativs auf solche Personen anzuwenden, die für Andere außerhalb des Wohnorts derselben Waarenbestellungen suchen, ohne sich durch einen Gewerbeschein legitimiren zu können, so wie auf diejenigen, welche jene mit dem Geschäft beauftragt hatten. Dies ward früher für unzweifelhaft angesehen. Allein auch durch die spätere Gesetzgebung ist hierin eine Änderung, wie behauptet worden, keineswegs eingetreten.

Die schon erwähnte Allerhöchste Cabinetsorder vom 12. Februar 1831 verordnet:

„daß von Kaufleuten und den ihnen gleichstehenden Fabrikanten, neben der Gewerbesteuer, welche sie nach dem Gesetze wegen Entrichtung der Gewerbesteuer vom 30. Mai 1820 für ihr kaufmännisches Gewerbe überhaupt entrichten, eine besondere Steuer für die Gewerbescheine künftig nicht erhoben werden soll, deren sie für ihre Person oder für die ausschließend in ihrem Dienst stehenden Handelsgehülfen nach §. 21. Lit. a. des angeführten Gesetzes und des §. 5. des Regulativs vom 28. April 1824 bedürfen, wenn sie im Umherreisen Waarenbestellungen suchen oder zum Behufe des Wiederverkaufs Waaren aufkaufen, welche sie nicht mit sich umherführen, sondern frachtweise befördern lassen.“

Durch diese Vorschrift sollen, behauptet man, die frühern Strafbestimmungen aufgehoben sein, weil, mit dem Fortfallen der Steuer für das im Umherreisen betriebene Nebengewerbe, von einer Steuer-Defraudation in solchen Fällen nicht mehr die Rede sein könne, wo Jemand für einen Kaufmann Waarenbestellungen suche, ohne daß

ihm oder dem Kaufmann selbst ein besonderer Gewerbeschein ertheilt worden; das versäumte Nachsuchen des Gewerbescheins, dessen Ertheilung nach dem Gesetze allerdings fortwährend geschehen müsse, falle daher gegenwärtig in die Kategorie einer bloßen Übertretung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten, welche nach §. 30. des Regulativs vom 28. April 1824 nur mit einer Ordnungsstrafe geahndet werden dürfe, indem es einen Widerspruch enthalten würde, die Strafe einer Steuer-Defraudation eintreten zu lassen, wo eine solche nicht begangen werden könne.

Diese Ansicht erscheint jedoch bei näherer Prüfung nicht gerechtfertigt.

Zunächst ist nämlich die dabei zum Grunde liegende Voraussetzung irrig, daß die in den §§. 26. und 28. des Regulativs enthaltenen Strafbestimmungen lediglich eine Strafe für die Defraudation der Steuer festsetzen. Der §. 26. bestimmt vielmehr:

> „Wer umherziehend ein Gewerbe treibt, ohne sich über seine Befugniß dazu mittelst Gewerbescheins ausweisen zu können, hat — die Jahressteuer — nachzuzahlen und außerdem den vierfachen Betrag derselben als Strafe zu entrichten *rc.*,"

und nach §. 28. soll dasselbe auch dann statt finden, wenn zwar der Gewerbeschein gelöset ist, jedoch

> „das Gewerbe für Rechnung des Inhabers von einer dritten, in dem Gewerbeschein nicht genannten Person getrieben wird."

Diese Festsetzungen, verbunden mit dem Umstande, daß, obwohl nach §. 2. des Gesetzes vom 30. Mai 1820 noch verschiedene andere Gewerbe außer dem Gewerbebetrieb im Umherziehen steuerpflichtig sind, doch nach §. 20. Lit. a. nur für letzteren Gewerbescheine ertheilt werden, ergeben

deutlich, daß, eben so wie die Defraudation der Steuer, auch die versäumte Lösung des Gewerbescheins und der Mißbrauch mit einem solchen als der Grund der Strafe zu betrachten sind; der Betrag der Steuer aber nur die Art und Höhe der Strafe regeln soll. Denn wenn z. B. in dem Fall des §. 28. ein Kaufmann, der wirklich einen Gewerbeschein gelöset hat, statt des darin bezeichneten Individuums einen Dritten verschickt, um Waarenbestellungen zu suchen, so ist eine Defraudation der Steuer nicht begangen; dessenungeachtet muß sowohl der Kaufmann, als derjenige, welcher, ohne in dem Gewerbeschein genannt zu sein, für Rechnung des Inhabers des letzteren Waarenbestellungen sucht, den vierfachen Betrag der Steuer als Strafe entrichten. Es sollen ferner nach §. 13. des Regulativs vom 28. April 1824, in Verbindung mit §. 11. daselbst, Gewerbescheine zum Suchen von Waarenbestellungen im Umherreisen nicht willkürlich für jeden, von einem Kaufmann beliebig gewählten Gehülfen, sondern nur für diejenigen ertheilt werden, bei denen die, im §. 11. № 1—3. angegebenen Erfordernisse nachgewiesen sind, die sich sämmtlich auf die persönlichen Eigenschaften und individuellen Verhältnisse desjenigen beziehen, für den der Gewerbeschein ausgefertigt werden soll. Auch aus dieser Bestimmung geht hervor, daß der Staat das in Rede stehende Gewerbe im Umherziehen nur von gesetzlich qualificirten Personen betrieben wissen will, und daß zur Erreichung dieses Zweckes in den §§. 26—28. a. a. O. die Contravention gegen die, hinsichtlich der Lösung der Gewerbescheine bestehenden gesetzlichen Anordnungen nicht minder hat mit Strafe bedroht werden sollen, als die Defraudation der Steuer selbst.

Zwar ließe sich hiergegen einwenden, daß, da die Strafe lediglich nach dem Betrage der Steuer abzumessen

sei, gegenwärtig aber Kaufleute und Fabrikanten für das Suchen von Waarenbestellungen im Umherreisen keine Steuer zu entrichten haben, hierdurch für diesen Fall die Bestimmungen der §§. 26. und 28. a. a. O. außer Anwendung gesetzt würden, mithin doch nichts übrig bleibe, als auf die allgemeine Vorschrift des §. 30. ebend. zurückzugehen. Diesem Einwande ist indeß durch ein späteres Gesetz begegnet. Die Allerhöchste Cabinetsorder vom 31. December 1836, den Gewerbebetrieb im Umherziehen und das diesfallsige Regulativ vom 4. December 1836 betreffend, Gesetzsammlung von 1837 S. 13., wodurch die Strafen der Contraventionen beim Gewerbebetriebe im Umherziehen modificirt werden, ist nämlich weit entfernt, die in den §§. 26—28. des Regulativs vom 28. April 1824 enthaltenen Strafbestimmungen, mit Rücksicht auf die Königl. Order vom 12. Februar 1831, hinsichtlich der Kaufleute und Fabrikanten, so wie ihrer Gehülfen, für aufgehoben zu erklären, vielmehr bestimmt dieselbe nur ganz allgemein,

> daß die in den §§. 26. 27. 28. des Regulativs vom 28. April 1824 vorgeschriebene Strafe nicht für jeden Fall in vierfachem Betrage der Jahressteuer nach dem höchsten Satze derselben, sondern im vierfachen Betrage derjenigen Steuer bestehen soll, welche dem Gewerbe des Steuerpflichtigen angemessen und mit Rücksicht auf das (dem Gesetze beigefügte) Regulativ vom 4. December 1836 festzusetzen ist;"

zugleich aber wird noch ausdrücklich hinzugefügt:

> „Hätte den Contravenienten bei gehöriger Meldung der Gewerbeschein steuerfrei ertheilt werden können, so ist zur Abmessung der Strafe ein Steuersatz von 2 Thlrn. anzunehmen."

Hier ist es auf das Unzweideutigste ausgesprochen, daß

die Strafe der Contravention von einer zu entrichtenden Steuer unabhängig ist, letztere vielmehr nur das Maaß der Strafe bestimmt, und, wenn überhaupt keine Steuer zu erlegen war, der Steuersatz von 2 Thlrn. als Grundlage des Strafmaaßes eintreten muß. Bei dieser deutlichen gesetzlichen Bestimmung erscheint die Ansicht, daß Contraventionen der in Rede stehenden Art gegen die Vorschriften der §§. 26—28. des Regulativs vom 28. April 1824, nach Emanation der Allerhöchsten Cabinetsorder vom 12. Februar 1831, nur mit einer Ordnungsstrafe zu ahnden seien, völlig unhaltbar. Es müssen vielmehr auch jetzt noch die Strafbestimmungen der eben gedachten §§. mit den, aus der Allerhöchsten Order vom 31. December 1836 sich ergebenden Modificationen zur Anwendung kommen.

№ 40.

Nichtigkeitsbeschwerde. Appellationsrichter.

Wenn auf eine, bei dem Gerichte zweiter Instanz angebrachte Nichtigkeitsbeschwerde das weitere Verfahren bei demselben Richter veranlaßt worden, so ist dies allein kein Grund, um die definitive Entscheidung auszusetzen und die Acten dem Gericht erster Instanz zur Berichtigung des Verfahrens zuzufertigen [1]).

---

1) Vgl. die Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde rc. Breslau 1839. S. 140. Note 3), woselbst bemerkt wird:

„Die Verordnung vom 14. December 1833 sprach im §. 11. die unbedingte Nothwendigkeit der Anbringung der Nichtigkeitsbe-

Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde vom 14. December 1833. §. 11.; Gesetzsammlung S. 305.

Verordnung wegen Einführung eines gleichmäßigen Verfahrens bei der Insinuation der richterlichen Erkenntnisse und bei Einlegung der Rechtsmittel vom 5. Mai 1838. §. 10.; Gesetzsammlung S. 275.

Instruction zur Ausführung der Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde vom 14. December 1833., d. d. den 7. April 1839. № 28.; Gesetzsammlung S. 144.

Vgl. Declaration der eben gedachten Verordnung, vom 6. April 1839. Art. 6—10. 18.; Gesetzsammlung S. 129. u. flgd.

---

schwerde bei dem Richter erster Instanz aus. Die Declaration vom 6. April 1839 sagt hierüber gar nichts, und mit Recht, denn es tritt gegenwärtig bei allen Rechtsmitteln, also auch bei der Nichtigkeitsbeschwerde, die Bestimmung des §. 10. der Verordnung vom 10. Mai 1838 wegen Einführung eines gleichmäßigen Verfahrens bei der Insinuation richterlicher Erkenntnisse und bei Einlegung der Rechtsmittel ein. Wenn daher die Instruction vom 7. April 1839 unter № 28. ausspricht, daß die Anbringung bei dem Gericht erster Instanz, welchem auch die Vollstreckung der ergangenen Urtel zusteht, erfolgen solle, so versteht es sich von selbst, daß dies nur eine belehrende Anordnung ist, und daß die Frist auch salvirt wird, wenn nur die Vorschrift des §. 10. der Verordnung vom 5. Mai 1838 beobachtet worden." D. H.

Die Verordnung wegen Einführung eines gleichmäßigen Verfahrens bei der Insinuation der richterlichen Erkenntnisse und bei Einlegung der Rechtsmittel vom 5. Mai 1838, Gesetzsammlung S. 273. u. flgd., bestimmt im §. 10.:

„Die Frist zur Einlegung jedes zulässigen Rechtsmittels ist gewahrt, wenn dasselbe innerhalb des gesetzlich dazu bestimmten Termins bei einer derjenigen Gerichtsbehörden angebracht wird, zu deren Ressort die Sache in der ersten oder in einer höhern Instanz ganz oder theilweise gehört.“

„Hat die Partei sich irrthümlich an eine andere, incompetente Justizbehörde gewandt, so ist letztere verpflichtet, das Gesuch von Amtswegen sofort an das betreffende Gericht zur weiteren Verfügung abzugeben. Der Partei wird jedoch die Zeit von der Präsentation des Gesuchs bei der incompetenten Justizbehörde bis zur Präsentation bei dem gehörigen Gerichte nicht angerechnet.“

Mehrere Landes-Justizcollegien sind auf Grund dieser Vorschrift der Ansicht, daß in denjenigen, in erster Instanz bei Untergerichten verhandelten Proceßsachen, bei welchen in der Appellations-Instanz eine neue Instruction bei dem Obergerichte statt gefunden hat, nicht nur der beeinträchtigten Partei die Wahl zustehe, ob sie das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde bei dem Gericht erster oder bei dem zweiter Instanz einlegen wolle, sondern im letztern Falle das Gericht zweiter Instanz auch competent sei, die Nichtigkeitsbeschwerde durch Einleitung des geordneten Verfahrens weiter verhandeln zu lassen. Der zweite Senat des Geheimen Ober-Tribunals nahm dagegen an, daß durch den vorgedachten §. 10. nur Behufs der Erhaltung des Fatale die Einreichung der Beschwerde bei dem Appellationsrichter, nicht aber dem Letztern die Instruction des Rechts-

mittels nachgelassen sei, und erachtete deshalb eine, bei dem Richter zweiter Instanz statt gefundene Verhandlung über die Nichtigkeitsbeschwerde für einen solchen Verstoß, dem vor der definitiven Entscheidung noch abgeholfen werden müsse.

Mit dieser Ansicht erklärte sich der erste Senat des Geheimen Ober-Tribunals nur zum Theil einverstanden. Er nahm zwar an, daß der §. 10. der Verordnung vom 5. Mai 1838 den Appellationsrichter zur Instruction einer bei ihm angebrachten Nichtigkeitsbeschwerde nicht ermächtige, daß indeß, falls die Instruction einer Nichtigkeitsbeschwerde dennoch beim zweiten Richter statt gefunden habe, diese Unregelmäßigkeit die Entscheidung nicht hindere, sondern nur gegen das betreffende Gericht zu mißbilligen sei.

Die hieraus sich ergebende Meinungsverschiedenheit beider Senate führte eine Berathung im Plenum herbei, von welchem am 26. August 1839 folgender Beschluß gefaßt ward:

> Daß eine, bei dem zweiten Instanzrichter angebrachte Nichtigkeitsbeschwerde auch bei demselben und nicht bei dem Gericht erster Instanz instruirt worden, ist als ein Hinderniß der definitiven Entscheidung nicht anzusehen, und daher aus diesem Grunde allein die Zufertigung der Acten an das Gericht erster Instanz zur Berichtigung des Verfahrens nicht erforderlich.

Gründe.

Schon vor Emanation der Verordnung vom 5. Mai 1838 war der strenge Grundsatz,

> daß eine Nichtigkeitsbeschwerde, die nicht in Gemäßheit des §. 11. der Verordnung vom 14. December 1833 ursprünglich bei dem Richter erster Instanz an- oder aufgenommen worden, verworfen werden müsse,

von dem Geheimen Ober-Tribunale verlassen, und

durch den Plenar-Beschluß vom 6. November 1837 [2]) angenommen,

daß die rechtzeitig bei einem andern, als dem competenten Gericht erster Instanz an- oder aufgenommene, aber noch vor dem Ablaufe der gesetzlichen Frist an dieses letztere gelangte Nichtigkeitsbeschwerde für genügend, und den Lauf der Frist zu unterbrechen für geeignet zu achten sei, wenn das competente Gericht jene Nichtigkeitsbeschwerde als vollständig und genügend annimmt.

Dieser Beschluß erlitt durch die Verordnung vom 5. Mai 1838 eine wesentliche Modification [3]). Der §. 10. derselben bezeichnet nämlich zuvörderst zur Anbringung jedes zulässigen Rechtsmittels, also auch der Nichtigkeitsbeschwerde, diejenige Gerichtsbehörde, zu deren Ressort die Sache in der ersten oder in einer höhern Instanz ganz oder theilweise gehört, als competent, jede andere Justizbehörde dagegen als incompetent. Sodann aber erklärt der §. 10. die Frist zur Einlegung eines jeden Rechtsmittels, mithin auch der Nichtigkeitsbeschwerde, für gewahrt, nicht blos wenn dasselbe bei einer, im Sinne des Gesetzes competenten Gerichtsbehörde angebracht wird, sondern auch wenn die beeinträchtigte Partei sich aus Irrthum an eine incompetente Justizbehörde wendet, so fern dies in beiden Fällen nur innerhalb des gesetzlich dazu bestimmten Termines geschieht, selbst wenn das Gesuch dem Gerichte erster Instanz, falls es diesem übersendet wird, innerhalb der vorgeschriebenen Frist nicht zugehen sollte. Dabei ist nun blos

---

2) S. Entscheidungen des Geheimen Ober-Tribunals Bd. III. № 11. S. 105—108. D. H.

3) Vgl. ebendaselbst S. XIII. Zusatz 1. D. H.

den incompetenten Justizbehörden im zweiten Absatze des §. 10. die Pflicht auferlegt, das an sie gelangte Gesuch von Amtswegen sofort an das betreffende Gericht zur weitern Verfügung abzugeben, wogegen im ersten Absatze den competenten Gerichtsbehörden die Verweisung des Gesuchs, mithin auch der Nichtigkeitsbeschwerde, an das Gericht erster Instanz nicht vorgeschrieben ist.

Es scheint nun zwar, daß es einer diesfälligen Bestimmung für die competenten Gerichtsbehörden nicht erst bedurft habe, weil die bestehenden Grundsätze hinsichtlich der Instruction der Rechtsmittel überhaupt, und die im §. 11. der Verordnung vom 14. December 1833 vorgeschriebene Anbringung der Nichtigkeitsbeschwerde bei dem Gericht erster Instanz insbesondere, durch den §. 10. der Verordnung vom 5. Mai 1838 nicht ausdrücklich aufgehoben, und noch weniger den Gerichten der höheren Instänzen die Pflicht auferlegt ist, die Instruction des eingelegten Rechtsmittels einzuleiten.

Wenn jedoch dessen ungeachtet die Instruction der Nichtigkeitsbeschwerde bei demjenigen Richter erfolgt, der sich in der Appellations-Instanz der Instruction unterzogen hat, so ist dieses Verfahren doch nicht als ein so erheblicher Verstoß zu erachten, daß demselben vor der definitiven Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde abgeholfen werden müßte. Vielmehr dürfte es der deutlichen Bestimmung des §. 10. a. a. O. zuwiderlaufen, wenn man auch noch jetzt die, bei dem Gericht zweiter Instanz erfolgte Einwendung und die damit nothwendig verbundene Rechtfertigung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht berücksichtigen wollte, nachdem die früher nur dem Gericht erster Instanz beigelegt gewesene Competenz zur Annahme der Nichtigkeitsbeschwerde auch den Gerichtsbehörden höherer Instanzen eingeräumt, mithin

von

von der Zuständigkeit des Gerichts in einer der zulässigen Instanzen der speciellen Streitsache überhaupt abhängig gemacht worden ist.

Für den Imploranten bringt nach der unzweideutigen Bestimmung des §. 10. die Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde bei dem Gericht erster Instanz oder bei einer derjenigen Gerichtsbehörden, zu deren Ressort die Sache in den höhern Instanzen ganz oder theilweise gehört, gleiche rechtliche Wirkung hervor. Legt derselbe dem zufolge die Nichtigkeitsbeschwerde innerhalb der angeordneten Frist und in der vorgeschriebenen Form auch nur bei dem Gericht zweiter Instanz ein, so hat er seinerseits alles gethan, was das Gesetz von ihm fordert und sich damit das Rechtsmittel erhalten. So wenig aber der Implorant durch die Unregelmäßigkeit des Appellationsrichters, sofern die, von demselben vor sich gezogene Instruction der Nichtigkeitsbeschwerde als eine solche anzusehen ist, des Rechtsmittels verlustig gehen darf, eben so wenig würde der Implorant durch diese Unregelmäßigkeit einen Vortheil haben dürfen. Wenn daher auch anzunehmen wäre, daß wegen jener Unregelmäßigkeit durch eine interlocutorische Verfügung des Geheimen Ober-Tribunals die Übermachung der Acten an den Richter erster Instanz Behufs nochmaliger Instruction der Nichtigkeitsbeschwerde anzuordnen wäre, so würde der Implorant immer nicht verlangen können, daß ihm nunmehr bei dem Gericht erster Instanz die Aufstellung neuer, innerhalb der Frist zur Einlegung des Rechtsmittels nicht angebrachter Beschwerdepunkte gestattet werde. Die Wiederholung der Instruction bei dem Gericht erster Instanz vor der definitiven Entscheidung würde mithin nur die Folge haben, daß der Implorat noch einmal mit seiner Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde gehört, d. h. in den mei-

sten Fällen nur, daß die Beantwortung dem erkennenden Richter in zwei Exemplaren vorliegen würde. Dies wäre aber eine leere Formalität, welche der Gesetzgeber nicht bezweckt haben kann, zumal dadurch die Entscheidung der Sache ohne Noth aufgehalten würde.

Ein Bedenken gegen die vertheidigte Ansicht wird aus dem gesetzlichen Grunde der Vorschrift des §. 11. der Verordnung vom 14. December 1833 entnommen. Der Grund dieser Vorschrift, wonach die Nichtigkeitsbeschwerde bei dem Gericht erster Instanz angebracht werden muß, wird nämlich darin gesucht, daß nach §. 10. a. a. O. die Einwendung der Nichtigkeitsbeschwerde die Vollstreckung des angefochtenen Erkenntnisses nicht aufhalte, nach §. 1. Tit. 24. Th. I. der A. G. O. aber die Vollstreckung eines Judicates bei dem Gericht, vor welches die Instruction der Sache in erster Instanz gehört hat, nachzusuchen sei, und daher dieses Gericht, wenn es auf das Executionsgesuch zu verfügen im Stande sein solle, sich auch im Besitz der Acten befinden müsse. Dies könne — behauptet man nun — nicht der Fall sein, wenn das Gericht zweiter Instanz die Instruction der Nichtigkeitsbeschwerde vor sich ziehe, und es werde daher, wenn solches zugelassen werden sollte, dadurch der Zweck des Gesetzes: die Vollstreckung des Urtels, ungeachtet der Nichtigkeitsbeschwerde, möglich zu machen, vereitelt.

Diese Folgerung geht indeß zu weit. Abgesehen von den Fällen, wo das angefochtene Erkenntniß auf Abweisung des Klägers lautet, oder wo die obsiegende Partei, bevor sie die Execution nachsucht, die Entscheidung auf die Nichtigkeitsbeschwerde abwartet, kann die Vollstreckung des Urtels dadurch, daß die Nichtigkeitsbeschwerde bei dem Richter zweiter Instanz eingelegt ist, in der That nur höchst

selten gehemmt werden. Theils geht das Executionsgesuch häufig bei dem Gericht erster Instanz früher ein, bevor das Gericht zweiter Instanz wegen der erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde die Acten einfordert, theils besteht bei den meisten Gerichtshöfen die Einrichtung, daß bei Versendung der Acten an eine höhere Instanz Abschrift der Formeln der frühern Erkenntnisse zurückbehalten wird. Sollte aber weder das Eine noch das Andere der Fall sein: so wird es keine Schwierigkeit haben, wenn die Execution nach eingelegter Nichtigkeitsbeschwerde in Antrag gebracht wird, die Acten von dem Obergericht einstweilen zurück zu erhalten. Jedenfalls kann der Aufenthalt oder Nachtheil, der der obsiegenden Partei bei dem Antrage auf Execution möglicher Weise daraus entsteht, daß die Acten sich nicht mehr bei dem Gericht erster Instanz befinden, nicht eine Nullität der, bei dem Appellationsrichter erfolgten Instruction der Nichtigkeitsbeschwerde herbeiführen, und die Wiederholung des Verfahrens vor dem Gericht erster Instanz nothwendig machen.

Endlich kommt aber noch in Erwägung, daß gegenwärtig durch den Art. 6. der Declaration der Verordnung vom 14. December 1833 über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde vom 6. April 1839 (Gesetzsammlung S. 129.) die §§. 11—14. der eben gedachten Verordnung gänzlich aufgehoben, und an deren Stelle die Vorschriften der Art. 7—10. getreten sind. Von diesen verordnen die Art. 7. und 8.:

Art. 7. „Die Nichtigkeitsbeschwerde muß stets schriftlich eingereicht, und die Beschwerdeschrift von einem Justiz-Commissarius oder an dessen Stelle von einem, der Partei beigeordneten rechtsverständigen, d. h. zum Richteramte befähigten Assistenten unterzeichnet werden.

Die schriftliche Einreichung ohne Zuziehung eines Justiz-Commissarius ist nur den öffentlichen Behörden und solchen Privatpersonen gestattet, welche selbst zu den Rechtsverständigen gehören.

Der Justiz-Commissarius muß sich, wenn er die Partei nicht schon in erster oder zweiter Instanz vertreten, oder diese die Nichtigkeitsbeschwerde nicht selbst mit unterschrieben hat, durch eine Vollmacht oder ein Schreiben legitimiren, und ist, wenn dies nicht spätestens bis zum Ablaufe der dazu im Urtheil festzusetzenden Frist geschieht, in Stelle der Partei für alle Schäden und Kosten persönlich verhaftet."

Art. 8. „Die Zulassung des Rechtsmittels findet nur statt, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde innerhalb der angeordneten Frist und in der vorgeschriebenen Form angebracht ist, die Beschwerdepunkte, so wie die gesetzlichen Vorschriften oder den Rechtsgrundsatz, deren Verletzung behauptet wird, bestimmt angiebt, und so fern die Beschwerde auf den §. 5. № 10. Buchstabe a. und b. der Verordnung vom 14. December 1833 und den Art. 3. № 4. der gegenwärtigen Declaration gegründet ist, die betreffenden Verhandlungen oder Schriftstücke genau bezeichnet. Eine bloße Anmeldung des Rechtsmittels genügt zu dessen Bewahrung nicht."

Die Art. 9. und 10., welche hier nicht weiter in Betracht kommen, enthalten Bestimmungen über die Befugniß des Imploranten zur näheren Ausführung der von ihm aufgestellten Beschwerdepunkte und über die Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde von Seiten des Imploraten.

In diese Artikel ist die Vorschrift des aufgehobenen §. 11. der Verordnung vom 14. December 1833, daß die Nichtigkeitsbeschwerde bei dem Gericht erster Instanz ange-

bracht werden muß, nicht mit aufgenommen, und dasjenige Gericht, bei welchem die Nichtigkeitsbeschwerde einzureichen ist, auch nicht einmal angedeutet. Es könnte nun zwar scheinen, daß es bei der Redaction der Art. 7. und 8. der Declaration nur übersehen worden, jene Bestimmung des §. 11. der Verordnung vom 14. December 1833 mit aufzunehmen. Dies darf indeß keineswegs angenommen werden, vielmehr liegt der Grund, weshalb darüber, bei welchem Gericht die Nichtigkeitsbeschwerde anzubringen sei, in der Declaration nichts bestimmt ist, nur in dem §. 10. der Verordnung vom 5. Mai 1838. Da in diesem §. bereits angeordnet ist, daß die Anbringung der Nichtigkeitsbeschwerde bei dem, für die specielle Streitsache competenten Gerichte zweiter Instanz eben dieselbe rechtliche Wirkung hervorbringen soll, als wenn die Nichtigkeitsbeschwerde bei dem Gericht erster Instanz eingelegt worden: so wäre eine Wiederholung dieser Bestimmung offenbar etwas Überflüssiges gewesen; eine Vorschrift aber, daß die Nichtigkeitsbeschwerde bei dem Gericht erster Instanz nothwendig anzubringen sei, hätte mit dem §. 10. a. a. O. im Widerspruch gestanden.

Zwar bestimmt № 28. der Ministerial-Instruction zur Ausführung der Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde vom 14. December 1833, d. d. den 7. April 1839:

„In dieser Form ist sie" — die Nichtigkeitsbeschwerde — „anzubringen bei dem Gericht erster Instanz, welchem auch die Vollstreckung der ergangenen Erkenntnisse zusteht."

Allein diese Vorschrift enthält nur eine reglementarische Bestimmung zur Herbeiführung eines gleichmäßigen Verfahrens, welche allerdings den Gerichten zur Norm dienen muß, deren Unterlassung aber für die Parteien keinen Nachtheil

herbeiführt [4]). Es kann bei derselben nicht die Absicht gewesen sein, die Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde bei dem ersten Richter als zur Wahrung der Förmlichkeiten nothwendig anzuordnen, da eine solche Festsetzung weiter gehen würde, als sich nach Art. 18. der Declaration vom 6. April 1839 rechtfertigen ließe, wodurch der Chef der Justiz nur ermächtigt ist, zur richtigen und gleichmäßigen Anwendung der Verordnung vom 14. December 1833 und der eben erwähnten Declaration eine besondere Instruction für die Gerichte und Anwälte zu erlassen.

№ 41.

Westpreußen. Provincialrecht. Gemeines Recht.

Bestimmungen des gemeinen Rechts, welche in ein, als Gesetzbuch publicirtes Provincialrecht herübergenommen worden, sind als Provincialgesetze zu betrachten, und kommen vor dem Allgemeinen Landrechte zur Anwendung.

Namentlich gilt dies von denjenigen Bestimmungen des gemeinen Rechts, die in das Preußische Landrecht vom Jahre 1721 herüber genommen sind [1]).

---

4) Vgl. Note 1).

1) I. Schon unmittelbar nach Emanation des allgemeinen Gesetzbuches, das bekanntlich nach zweijähriger Suspension unter dem Titel: „Allgemeines Landrecht“ publicirt ward, entstand der Zweifel, ob und eventuell in welchem Umfange die Römischen, gemeinen Sachsen- oder anderen fremden subsidiarischen Rechte und Gesetze, welche bisher in einem oder dem andern Landestheile Geltung hat-

ten, ungeachtet der Publication des allgemeinen Gesetzbuches, als Provincialrechte bis zur Vollendung der Provincial-Gesetzbücher Anwendung finden dürften?

So bemerkt namentlich Erhard, Versuch einer Critik des allgemeinen Gesetzbuches für die Preuß. Staaten. 1792. Th. I. Bd. I. S. 289. 290.:

„Noch aber kann ich in Ansehung der Zeit, binnen welcher die Provincialgesetzbücher gesetzliche Kraft erlangen sollen, den Wunsch nicht bergen, daß man doch die Gültigkeit des allgemeinen Gesetzbuchs so lange suspendirt lassen möge, bis die Provincialgesetzbücher fertig sein werden, weil außerdem große Verwirrung und Ungewißheit der Rechte zu befürchten sein dürfte. Denn so würde sich's, um nur ein Beispiel anzuführen, in Schlesien, wo das gemeine Sachsenrecht gilt, fragen: soll das Sachsenrecht in Schlesien bis zur Vollendung des dasigen Provincialgesetzbuchs als Provincialgewohnheit gelten, in so fern es dem allgemeinen Gesetzbuche widerspricht? oder soll das, §. I. des Publications-Patents enthaltene Verbot, das gemeine Sachsenrecht nicht mehr zu allegiren, auch nicht mehr nach demselben zu sprechen, sich auch auf Schlesien beziehen? Ist das Erstere zu bejahen: so leidet die allgemeine Disposition der ersten §§. des Publications-Patens eine, dort nicht bemerkte Ausnahme. Wäre die zweite Frage zu affirmiren, so würde Schlesien durch das allgemeine Gesetzbuch ein Theil seiner Provincialrechte und Gewohnheiten entzogen, welches doch nach §. III. — VII. der Fall nicht sein soll."

II. Späterhin ist dieselbe Frage mehrfach von Neuem angeregt worden.

A. Im Allgemeinen vgl. man deshalb:

1. Erkenntniß der Oberschlesischen Ober-Amtsregierung zu Brieg vom 5. September 1805, Jahrbücher Bd. IV. S. 58.

2. Merckel, Commentar zum A. L. R. (2te Ausg. 1812.) Th. I. S. 2. (zu §. I. des Publications-Patents):

„Wo sich Provincialgesetze und Statuten, deren Berücksichtigung überhaupt noch erlaubt ist, auf gemeines Recht, z. B. auf Sächsisches Recht, gründen, da ist auch jetzt noch auf dieses Rücksicht zu

Der erste Senat des Geheimen Ober-Tribunals hatte in der Rechtssache Nehring, genannt von Szerdahelly, wider Taube den Grundsatz angenommen:

nehmen; §. 520. Tit. 2. Th. II. A. L. R. — Gegen jene Anwendung des Sächsischen oder fremden Rechts bei Unzulänglichkeit eines Statutes oder inländischen Gesetzes, welches ein Institut betrifft, das lediglich aus dem fremden Rechte originirt — gegen jene Anwendung ist jedoch in Erinnerung zu bringen: daß, wenn in dem Statut oder Provincialgesetz nicht etwa eine zweifelhaft scheinende Bestimmung zu ergänzen oder zu erläutern, sondern darin vielmehr eine gewisse Frage gar nicht zur Sprache gekommen ist, diese nicht aus den Meinungen der Rechtslehrer oder dem fremden gemeinen Recht ergänzt werden darf."

3. Gräff, Auch eine Beleuchtung der Frage, ob das Repräsentationsrecht in der Seitenlinie in Schlesien auf die, von den Geschwistern abstammenden Kinder ersten Grades beschränkt sei? Jahrbücher Bd. XLIV. S. 58. Note *).

4. Scholz, Provincialrecht der Kurmark Brandenburg, Abth. II. Th. I. S. 52. u. flgd. S. 61—63. An der letzteren Stelle heißt es: „Nun haben zwar bei den früheren Berathungen über das Provincialrecht die Märkischen Stände noch die Behauptung aufgestellt, daß in der Mark das gesammte Römische Recht durch die Landtagsrecesse als Provincialrecht eingeführt worden sei, das A. L. R. also in der Mark, da die Provincialgesetze nach dem Publications-Patente ihre Gültigkeit behalten sollen, dem Römischen Rechte auch nicht derogiren könne, und haben aus diesem Grunde darauf angetragen, in das zu entwerfende Provincialgesetzbuch die Grundsätze des Römischen Rechtes neben den eigentlich Märkischen Provincialgesetzen aufzunehmen. — Indessen, selbst wenn die hierbei zum Grunde liegende Präjudicialfrage: ob die Bestimmungen des Römischen Rechts wirklich als Provincialgesetze für die Mark angesehen werden können? bejaht werden könnte, wie in dieser Allgemeinheit durchaus nicht der Fall ist, so würde sich das damals von den Ständen geäußerte Verlangen doch von selbst erledigen, da, wenn auch nach dem Publications-Patente zum A. L. R. die Märkischen Provinzialgesetze aufrecht erhalten werden sollen, zugleich auf das Bestimmteste ausgesprochen ist, daß dagegen die landrechtlichen Vorschriften überall an die Stelle der bisher in den einzelnen Pro-

daß in den Landestheilen, wo das Provincialrecht ein in sich abgeschlossenes System bildet, und als ein besonderes Gesetzbuch publicirt ist, auch diejenigen Grundsätze,

---

vinzen zur Anwendung gekommenen Römischen und sonstigen gemeinen Rechte treten sollen."

B. Besonders hat es zweifelhaft geschienen:
ob auch diejenigen aus dem Römischen, gemeinen Sachsen- oder andern fremden subsidiarischen Rechten und Gesetzen herrührenden Rechtssätze, welche in einzelne, für eine oder die andere Provinz ergangene Gesetzbücher oder Landesordnungen übergegangen sind, noch jetzt zur Anwendung kommen müssen?

In Beziehung hierauf siehe man:

1. Merckel, a. a. O. Th. II. S. 210. (zu §. 35. Tit. 3. Th. II.):

„Übrigens scheint mir sowohl die Sanction vom 25. Januar 1704 [vgl. Brachvogelsche Sammlung Th. I. S. 309. und Jahrbücher Bd. XLIV. S. 47. Note *)], als die Pragmatica vom 31. October 1696 [vgl. Brachvogelsche Sammlung a. a. O. S. 274. und Jahrbücher a. a. O. S. 45. Note *)] — blos das ehemalige subsidiarische Sachsen- und Römische Recht zu suppliren, folglich kein Provincialgesetz zu begründen, so daß also jetzt wohl dem A. L. R. nachzugehen sein wird."

2. Hälschner, Ist das Repräsentationsrecht in der Seitenlinie in Schlesien auf die, von den Geschwistern abstammenden Kinder ersten Grades beschränkt, Jahrbücher, Bd. XXVIII. S. 37. 38.

3. Gräff a. a. O. [oben Lit. A. № 3.] S. 46—60.

4. Homeyer, in der Recension der Schriften: von Kamptz, Provincial- und statutarische Rechte, und Lenze, Provincialrecht des Fürstenthums Halberstadt, Jahrbücher Bd. XXXV. S. 99. 100. 101.

5. Frhr. von Haxthausen, Über den Begriff, den Umfang und das Verhältniß des Provincialrechts zum A. L. R., Jahrbücher Bd. XLIII. S. 3. und flgd., besonders S. 53.

6. Das Provincialrecht des Herzogthums Neu-Vorpommern Th. II. S. 47.:

„Dagegen sind Grundsätze des gemeinen Rechts, wenn sie in einzelnen Provincialgesetzen ausdrücklich ausgesprochen waren, von der Aufnahme nicht ausgeschlossen, weil hier nicht die Festsetzung des gemeinen Rechts, sondern das Provincialgesetz, als nächster und

welche lediglich aus dem Römischen oder Sachsen-Recht entnommen sind, als Provincialgesetze zu betrachten seien, und daher, in so fern sie von dem

---

hauptsächlichster Grund der Gültigkeit, zu betrachten und zu berücksichtigen war."

7. Von Klewitz, das Provincialrecht des Herzogthums Magdeburg Th. II. S. 10.:

„Es sind aber auch ferner diejenigen (Bestimmungen) als schon aufgehoben betrachtet, die nur noch ein kümmerliches, in der Wirklichkeit zweifelhaftes Dasein führen. Es gehören dahin namentlich solche Bestimmungen, welche mehr gemeinrechtlich als provinciell sind, welche indessen doch mitunter noch als Provincialrecht angewendet werden, weil sie aus dem gemeinen Rechte in die geschriebenen Quellen des Provincialrechts übergegangen, und darum, wiewohl nicht mit Grund, als provincialrechtlich betrachtet worden sind."

8. Das Particular-Recht im Verhältnisse zum gemeinen Rechte und der juristische Pantheismus. Berlin 1837. S. 34.:

„Wenn ein Territorium ganz oder zum Theil zur Provinz eines größeren Staates degradirt wird, so muß allerdings ordnungsmäßig der Einfluß des bisherigen Gemeinrechts auf das Provincialrecht, so weit er sich nicht bereits verfestet hat, aufhören, d. h. es hört nicht der bisherige Einfluß auf, sondern der fernere Zufluß. In so fern wird nun von oben einem anderen allgemeineren Einflusse Platz verschafft; aber das bereits gewordene Provincialrecht selbst bleibt, und unter dieser Gestalt auch das bisherige gemeine Recht, so weit es sich im Provincialrechte specialisirt und verfestet hat, nur daß es in Folge der neuen Verbindung für die Zukunft einem höheren Rechte untergeordnet wird, aus welchem es in jeder Noth Subsidien erhält."

C. So viel endlich die zu B. gedachte Frage in besonderer Beziehung auf das Preußische Landrecht vom Jahre 1721 betrifft, so vgl. man

1. Schweikart, über die in Ost- und Westpreußen geltenden Rechte, Jahrbücher Bd. XXVI. S. 299.

2. Leman, Provincialrecht der Provinz Westpreußen Bd. I. S. XXVI. und S. 7.

3. Motive zum revidirten Entwurfe des Westpreuß. Provincialrechts. Berlin 1837. S. 3. und 4.:

A. L. R. abweichen, vor diesem zur Anwendung kommen müssen.

Namentlich ward dieser Grundsatz in Beziehung auf

„Bei der Berathung des Westpreußischen Provincialrechts sind die ständischen Deputirten von dem Gesichtspunkte ausgegangen, daß nur diejenigen bisherigen Bestimmungen des Provincialrechts in das Provincial-Gesetzbuch aufzunehmen seien, von welchen die Erfahrung bewiesen habe, daß sie entweder nothwendig oder nach den Verhältnissen der Provinz anerkannt nützlich seien. Namentlich sind sie der Meinung gewesen, daß von allen denjenigen Bestimmungen des Preußischen Landrechts von 1721, der Hauptquelle des Westpreußischen Provincialrechts, welchen das Römische Recht zum Grunde liege, gänzlich abzustehen sei, indem diese Vorschriften bereits bei der Entwerfung des A. L. R. von 1794 gründlich erörtert, vielseitig erwogen und zum größten Theile in das A. L. R. übernommen worden, zu einer Beibehaltung derjenigen Punkte aber, in welchen das A. L. R. von dem Römischen Recht abweiche, für Westpreußen weder in der Verfassung der Provinz, noch in den eigenthümlichen Verhältnissen derselben ein Grund vorliege. In Betreff Westpreußens sei um so weniger ein Grund für die Beibehaltung der, vom A. L. R. abweichenden, auf dem Römischen Rechte beruhenden Bestimmungen des Landrechts von 1721 vorhanden, als das letztere kein eigenthümliches Rechtsbuch Westpreußens, sondern ursprünglich für Ostpreußen gegeben und erst 1772 auf Westpreußen übertragen sei, und man selbst für Ostpreußen bei der Entwerfung des Ostpreußischen Provincialrechts jene, auf dem Römischen Rechte beruhende Abweichungen des Landrechts von 1721 nicht beibehalten habe."

„Wenn auch im Allgemeinen gegen diesen Grundsatz nichts erinnert werden kann, so ist doch zu erwägen,

1. daß manche Rechtsmaterien durch die Länge der Zeit sich dergestalt in der Provinz eingebürgert und mit den Ideen der Einwohner so fest verschmolzen haben, daß deren Aufhebung bedenklich erscheint, und

2. daß, aus dem Gesichtspunkte der Nützlichkeit und Angemessenheit betrachtet, manche Vorschriften des Landrechts von 1721 den Bestimmungen des A. L. R. vorzuziehen sein möchten."

„Es wird daher dieser Präjudicial-Grundsatz nicht blos im All-

das Preußische Landrecht von 1721 [2]) aufgestellt, so weit dasselbe das Provincialrecht für einen Theil von Westpreußen bildet [3]).

Der zweite Senat des Collegiums machte dagegen in einer, an denselben zum Spruch gelangten Sache die Ansicht geltend, daß das A. L. R. nach §. I. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794 allgemein an die Stelle des früheren gemeinen Rechts, auch da, wo das letztere in den Provincial-Gesetzen sich finde, getreten sei, und daß dies namentlich auch hinsichtlich des Preußischen Landrechts von 1721 gelte, welches in die, jetzt einen Theil von Westpreußen bildenden Provinzen durch das Notifications-Patent vom 28. September 1772 [4]) und die

---

gemeinen, sondern auch rücksichtlich einzelner Materien und Vorschriften um so mehr einer nähern Erwägung zu unterwerfen sein, als die ständischen Deputirten bei dem allgemeinen Antrage, die aus dem Römischen Rechte entnommenen Vorschriften des Landrechtes von 1721 aufzugeben, sich über mehrere einzelne Punkte nicht speciell ausgelassen haben."

4. Entscheidungen des K. Geheimen Ober-Tribunals Bd. III. № 34. S. 292—302.

5. Jahrbücher, Bd. LI. S. 353—360., woselbst das unter 4. mitgetheilte Erkenntniß des K. Geheimen Ober-Tribunals ebenfalls abgedruckt ist. D. H.

2) Vgl. über dieses Landrecht:

I. Die Note 1) № II. Lit. C. № 1. angeführte Abhandlung von Schweikart, Jahrbücher Bd. XXVI. S. 292—299.

II. Leman, das Provincialrecht der Provinz Westpreußen Bd. I. S. V. VI. XXV. und S. 4., und

III. Entscheidungen des K. Geheimen Ober-Tribunals Bd. III. S. 294. Note 3). D. H.

3) Vgl. Note 1) unter № II. Lit. C. № 4. D. H.

4) Notifications-Patent, betreffend die Einrichtung des Geistlichen und Weltlichen Justitz-Wesens, in den bishero von der Crone Pohlen besessenen und nunmehro von Sr. Königl. Majestät von Preu-

Regierungs-Instruction vom 21. September 1773 [5]), in so weit es Römisches und gemeines Sachsenrecht enthalte, nicht als ein besonderes Provincialrecht, sondern als gemeines Recht eingeführt worden.

Die streitige Frage:

was unter Provincialrecht in Westpreußen zu verstehen sei?

ward daher an das Plenum des Geheimen Ober-Tribunals gebracht, welches sich in dem Beschluß vom 8. April 1839 dahin entschied:

daß das Preußische Landrecht von 1721 im Sinne des §. III. des Publications-Patents zum A. L. R. vom 5. Februar 1794 auch hinsichtlich der darin enthaltenen, aus dem Römischen und sonstigen gemeinen Recht entnommenen Bestimmungen als ein besonderes Provincialgesetz anzusehen sei, und daß daher diese Bestimmungen durch die Einführung des A. L. R. nicht aufgehoben worden.

Gründe.

Die §§. I. II. und III. des Publications-Patents zum A. L. R. vom 5. Februar 1794 verordnen über die Anwendung des neu geschaffenen Gesetzbuchs Folgendes:

§. I. „Das gegenwärtige A. L. R. soll an die Stelle der in Unsern Landen bisher aufgenommen gewe-

---

ßen in Besitz genommenen Lande Preußen und Pommern, wie auch den bishero zu Groß-Pohlen gerechneten Districten diesseits der Netze. De dato Berlin, den 28. September 1772; N. C. C. Bd. V. Th. I. Col. 45. u. flgd. № XLIX.; auch abgedruckt bei Rabe, Sammlung Preuß. Gesetze Bd. I. Abth. 4. S. 335. u. flgd. D. H.

5) Instruction für die West-Preußische Regierung. De dato Berlin, den 21. September 1773; N. C. C. Bd. V. Th. II. Col. 2125. u. flgd. № LII.; auch abgedruckt bei Rabe, a. a. O. Bd. I. Abth. 5. S. 673. u. flgd. D. H.

senen Römischen, gemeinen Sachsen- und anderer fremden subsidiarischen Rechte und Gesetze treten rc."

§. II. „Eben so tritt dieses A. L. R. an die Stelle der, über einzelne Rechtsmaterien von Zeit zu Zeit ergangenen allgemeinen Edicte und Verordnungen, welche bisher in allen Unsern Provinzen als gemeine Landesgesetze gegolten haben rc."

§. III. „Die in den verschiedenen Provinzen bisher bestandenen besonderen Provincialgesetze und Statuten behalten — vor der Hand noch ihre gesetzliche Kraft und Gültigkeit rc."

Hiernach ist wohl anzunehmen, daß das A. L. R. an die Stelle desjenigen allgemeinen Rechtes treten sollte, welches im ganzen Lande — „in Unseren Landen," „in allen Unsern Provinzen" — nach dem gemeinen Römischen, dem Sächsischen oder einem andern fremden Rechte, vermöge der Reception, oder nach allgemeinen Edicten und Verordnungen, gleichmäßig und übereinstimmend gegolten hat; dieses bisherige allgemeine Recht ist aufgehoben und durch das A. L. R. ersetzt. Dem gemeinsamen Recht aller Provinzen stehen, zufolge des §. III., die Rechte der einzelnen Provinzen, die Provincialgesetze, gegenüber, welche in ihrer gesetzlichen Kraft und Gültigkeit beibehalten sind.

Das charakteristische Kennzeichen des abgeschafften gemeinen Rechts besteht hiernach darin, daß es als ein gemeines Römisches, Sachsen- oder anderes Recht aufgenommen war, und als solches Gültigkeit hatte, im Gegensatz zu dem besonderen Provincialrecht, welches nicht auf einer gleichen Reception wie das gemeinsame Recht aller Provinzen beruht, vielmehr in einem, für eine einzelne Provinz ergangenen Gesetz-Codex oder auch in den, für einzelne

Provinzen emanirten Verordnungen enthalten ist. Dieses Provincialrecht ist identisch mit dem Territorialrecht, weil die Kraft und Wirksamkeit desselben mit den Grenzen der Provinz abschließt. Die Bestimmungen des Römischen oder Sachsen-Rechts, die in einem Provincialgesetzbuch oder in der, für eine Provinz erlassenen Verordnung eine Stelle gefunden haben, gelten in der Provinz nicht mehr als Römisches oder Sachsen-Recht, sondern als Provincialrecht.

Eine ganz vollständige und erschöpfende Provincial-Gesetzgebung gab es zur Zeit der Publication des A. L. R. in keiner Provinz des Preußischen Staats, und eben so wenig giebt es jetzt eine solche; es fanden sich nur mehr oder weniger umfassende Rechtsnormen, deren Lücken das subsidiarische gemeine Recht ausfüllte.

Dieses allgemein geltende ergänzende Recht, an dessen Stelle das A. L. R. getreten ist, konnte bei einem bestehenden Provincialrechte seine Wirkung nur in so weit äußern, als das letztere mangelhaft und unvollständig war, während hinsichtlich der Gegenstände, für welche die Provincial-Gesetzgebung ausreichende Vorschriften enthielt, die Rechtsnormen aus der Provincial-Gesetzgebung, als ein eigenthümliches Recht der Provinz, mit Beiseitesetzung der Quellen des subsidiarischen Rechts, zu schöpfen waren.

Man darf daher auch den Begriff des Provincialrechts nicht so beschränken, daß darunter nur eine beabsichtigte Ausnahme von dem gemeinen Recht oder eine Abänderung desselben verstanden wird. Solche Ausnahmen und Abänderungen bilden nur eine Art der Provincialgesetze; diese sind, wenn gleich der §. III. des Publications-Patents nur im Allgemeinen von den bisher bestandenen Provincialgesetzen ohne weitere Unterscheidung handelt, dennoch doppelter Art; es giebt

1. Provincialrechte, die, wie z. B. das Märkische, ohne ein zusammenhängendes System, nur für einzelne Zweige des bürgerlichen Rechts, als im Familien-, Erb-, Lehn-, Bauern- und Kirchenrecht und dergleichen, eigene Vorschriften enthalten. In den Landestheilen, wo sich solche Provincialrechte fanden, war für die übrigen Verhältnisse das gemeine Recht maaßgebend, welchem sich die provincialrechtlichen Bestimmungen anschlossen.

Es finden sich aber auch

2. Provincialrechte, die mehr umfassend sind, und ein geschlossenes Rechtssystem bilden. Bei diesen ist es nun keineswegs erforderlich, daß die in dem Rechtssystem enthaltenen Vorschriften, um für provincialrechtlich zu gelten, durchaus eigenthümlich sein müssen. Mögen diese Vorschriften auf dem Grund und Boden der Provinz erwachsen oder mögen sie dem gemeinen Rechte entnommen sein, immer sind sie Glieder eines Gesetzkörpers, welcher das Provincialrecht eines bestimmten Landestheiles darstellt, und können von dem Ganzen, ohne dieses zu verletzen, willkürlich nicht getrennt werden.

So hat auch der Gesetzgeber sich die Sache gedacht. Dies beweisen nicht nur die drei angeführten §§. I—III. des Publications-Patents zum A. L. R., so wie die §§. 1. und 2. der Einleitung zu demselben, welche verordnen:

„Das allgemeine Gesetzbuch enthält die Vorschriften, nach welchen die Rechte und Verbindlichkeiten der Einwohner des Staats, so weit dieselben nicht durch besondere Gesetze bestimmt worden, zu beurtheilen sind.“

„Besondere Provincialverordnungen und Statuten einzelner Gemeinheiten und Gesellschaften erhalten nur durch die landesherrliche Bestätigung die Kraft der Gesetze;“

son-

sondern es geht solches auch aus dem §. 21. ebend. hervor, zufolge dessen

bei Beurtheilung einzelner Streitfragen die allgemeinen Gesetze den Provincialgesetzen, und letztere den Statuten nachstehen.

Noch deutlicher beweisen dies aber die §§. 61. und 62. a. a. O., wo es heißt:

§. 61. „Statuten und Provincialgesetze werden durch neuere allgemeine Gesetze nicht aufgehoben, wenn nicht in letzteren die Aufhebung der ersteren deutlich verordnet ist."

§. 62. „Bei Aufhebung bestandener Statuten, Provincialgesetze und Privilegien müssen diejenigen, die es zunächst angeht, mit ihrer Nothdurft gehört werden."

Hiernach läßt es sich nicht annehmen, daß von dem Gesetzgeber bei der Publication des A. L. R. beabsichtigt worden, einzelne Vorschriften eines Provincialgesetzbuchs, ohne die Provincialstände gehört zu haben, außer Kraft zu setzen. Allerdings ist es sehr wahrscheinlich, daß bei einer künftigen Sammlung der Provincialgesetze alle diejenigen Rechtssätze, die nichts anderes als gemeines Recht enthalten, beseitigt werden, um Übereinstimmung in die gesammte Gesetzgebung des Staats zu bringen, das A. L. R., als das für besser erkannte Neue vollständig an die Stelle des gemeinen Rechts, auch derjenigen Bestimmungen desselben, welche in das Provincialrecht übergegangen sind, treten zu lassen, und der gemeinschädlichen Rechtsverschiedenheit, die stets die Rechtsungewißheit im Gefolge hat, ein Ende zu machen. Allein so lange unter Mitwirkung der Stände diese längst erwartete Sichtung der Provincialgesetze nicht erfolgt ist, muß man dieselben in ihrer bisherigen Gültigkeit bestehen lassen. Wollte man mittelst der richterlichen

Auslegung nur solche Bestimmungen eines Provincialgesetzbuches als noch fortdauernd betrachten, die etwas Abweichendes vom gemeinen Recht verordnen, so würde nicht allein durch die oft schwierige Ermittelung, was als abweichend vom gemeinen Rechte anzusehen ist, große Verwirrung angerichtet, sondern auch das Provincialrecht, welches vollständig, wie es besteht, beibehalten werden muß, in einzelne theils noch gültige, theils nicht mehr Anwendung findende Theile zerstückelt werden. Dabei macht es auch offenbar keinen Unterschied, ob sich in einem Landestheile ein vollständiges Provincialgesetzbuch findet, oder nur minder ausgedehnte Provincialrechtsbücher und Verordnungen vorhanden sind, die sich blos auf einzelne Materien des bürgerlichen Rechts erstrecken. Auch was in diesen verordnet wird, ist seinem ganzen Inhalte nach ohne Rücksicht auf den Ursprung Provincialrecht, und daher selbst in denjenigen Bestimmungen, welche nur gemeines Recht wiederholen.

In Übereinstimmung hiermit ist auch schon früher in Sachen Graf von Schweinitz wider Graf von Schlabrendorf im Jahre 1833 der Grundsatz festgestellt,

> daß in Schlesien das Provincialrecht selbst in Ansehung solcher Sätze beibehalten sei, durch welche nur gemeines Recht festgesetzt oder abgeändert worden,

und dasselbe in Sachen von Machui wider von Kölichen ebenfalls im Jahre 1833, namentlich in Beziehung auf die pragmatische Sanction vom 31. October 1696 [6]), angenommen.

---

6) Kaiserliche Sanction de jure repraesentationis [in linea collaterali], de dato den 31. October 1696 in: Suarez, Sammlung Schlesischer Provincialgesetze. Breslau bei Korn 1771. Th. I. Abschn. 1. № XV. S. 98—100.; ferner in der Brachvogelschen Sammlung Th. I. S. 274., und in den Jahrbüchern Bd. XLIV.

Mit Unrecht wird behauptet, daß das, was ein Provincialrecht in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht festsetze, nichts anderes, als gemeines Recht sei. Das letztere hat vielmehr durch die Aufnahme in ein Provincialgesetz die Eigenschaft eines provinciellen Rechts angenommen, und es ist von jener Behauptung nur so viel richtig, daß das gemeine Recht dem provinciellen zum Grunde liegt. Durch die bloße Aneignung einer gemeinrechtlichen Bestimmung wird diese eben sowohl ein Bestandtheil des Provincialrechts, als durch eine etwaige Umschaffung und Änderung; es ist also gleichgültig, ob der Inhalt der einzelnen provincialrechtlichen Vorschriften dem gemeinen Recht gemäß ist, oder von diesem abweicht.

Die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht behaupten zwar, daß nur die, auf eigenthümlicher Verfassung und Einrichtung der einzelnen Landestheile beruhenden Bestimmungen der Provincialgesetze als solche bei Einführung des A. L. R. beibehalten sind, und folgern dies daraus, weil sonst die Grundsätze des gemeinen Rechts das System des A. L. R. durchkreuzen und seine Wirkung lähmen würden. Dieses Argument ist indeß nur gegen die Schädlichkeit der Provincialrechte überhaupt gerichtet, wird aber weder durch die §§. I—III. des Publications-Patents zum A. L. R., wie schon oben gezeigt ist, noch durch die folgenden §§. IV. V. und VI. ebend. unterstützt.

Diese §§. enthalten nämlich die Anweisung, wie bei der beabsichtigten Sammlung der Provincialgesetzbücher zu

---

S. 45. Note *). — Man vgl. die, in der Note 1) unter № II. Lit. A. № 3. und Lit. B. № 2. angeführten Abhandlungen von Hälschner und Gräff, so wie Wentzel, das Provincialrecht des Herzogthums Schlesien rc. S. 156—159. D. H.

verfahren sei, welche Vorschriften in dieselben aufgenommen und welche weggelassen werden, welche also künftig als provincialrechtlich gelten sollen. In dieser Beziehung wird verordnet, daß nur diejenigen Bestimmungen in den Provincialgesetzbüchern beizubehalten seien, welche der Eigenthümlichkeit einer jeden Provinz entsprechen. Daraus läßt sich jedoch nicht der Schluß herleiten, daß auch jetzt unter provincialrechtlichen Vorschriften nur solche zu verstehen sind, welche aus der besondern Verfassung und dem eigenthümlichen Bedürfniß einer Provinz sich entwickelt haben; die zu bestellenden Redactoren der Provincialgesetzbücher sollen vielmehr erst aus der gesammten Masse aller provincialrechtlichen Normen die zur Beibehaltung geeigneten auswählen, die übrigen aber, bei denen ein Grund zur Abweichung von dem gemeinen Recht des Landes nicht obwaltet, ausscheiden. Dies ist das Verfahren, welches — wie hier besonders in Betracht kommt — auch bei der Sammlung des Ostpreußischen Provincialrechts statt gefunden hat.

Offenbar würde es einer Sammlung der Provincialgesetzbücher überhaupt gar nicht bedürfen, wenn schon jetzt feststände, daß nur die Rechtssätze, welche sich aus örtlichen und nationellen Eigenthümlichkeiten gebildet haben und von dem gemeinen Rechte abweichen, als Provincialrecht zu betrachten wären, und wenn in jedem einzelnen Falle von dem Richter beurtheilt und entschieden werden dürfte, ob ein Rechtssatz, welcher in einer Provinz, oder an einem Orte als Provincial- und beziehungsweise Localrecht gültig gewesen, auf einer provinciellen Eigenthümlichkeit oder auf dem gemeinen Rechte beruhe, und daher noch jetzt gelte oder nicht.

Daß diese Voraussetzung aber nicht richtig sei, beweist eben das für die Bearbeitung der Provincialrechte vorgeschrie-

bene Verfahren. In dieser Beziehung verordnet zunächst der §. V. des Publications-Patents:

„Es sollen — die Landes-Justiz-Collegia mit den Deputirten der Stände — sich zusammenthun, die vorhandenen und nach dem Plane des A. L. R. von ihnen zu ordnenden Provincialgesetze und Statuten genau durchgehen, die Abweichungen derselben von den Vorschriften des besagten A. L. R. gehörig bemerken, und sodann gemeinschaftlich erwägen, welche von diesen Abweichungen ferner beibehalten und in das besondere Gesetzbuch der Provinz nothwendig aufgenommen werden müssen rc.“

Hier wird nun zwar der Abweichungen der vorhandenen Provincialrechte von den Vorschriften des A. L. R. gedacht; es ist aber dabei nicht angedeutet, daß diese Abweichungen, welche zum Zweck der Redaction der Provincialgesetzbücher gehörig vermerkt werden sollen, nicht solche sein dürften, die in dem früher recipirten gemeinen Rechte ihren Grund haben, was doch nothwendig gewesen wäre, wenn man angenommen hätte, daß die, ihrem Ursprunge nach gemeinrechtlichen Bestimmungen der Provincialgesetze schon durch die Einführung des A. L. R. ihre Gültigkeit verloren haben.

Es verordnet ferner der §. VI. a. a. O.:

„Bei dieser Bearbeitung sollen jedoch die Collegia und Stände mit allem Fleiß darauf sehen, daß die Gesetzgebung der einzelnen Provinzen mit der allgemeinen, so viel als möglich, in Gleichförmigkeit gebracht, die bisherige, in so mancher Rücksicht höchst nachtheilige Verschiedenheit und Ungewißheit der Rechte nicht ohne Noth fortgepflanzt — —, vielmehr abweichende Bestimmungen nicht anders, als aus sehr erheblichen Gründen, welche

etwa auf die besondere Verfassung, natürliche Beschaffenheit und Lage der Provinz, oder auf gewisse eigenthümliche Arten von Gewerben und Beschäftigungen der Einwohner, oder endlich auf gewisse ursprüngliche, ohne Nachtheil wohl erworbener Rechte nicht aufzuhebende Einrichtungen und Anstalten sich beziehen, in die Provincialgesetzbücher aufgenommen werden ꝛc."

In so fern hiernach nur diejenigen, vom A. L. R. abweichenden Bestimmungen der Provincialrechte beibehalten werden sollen, die durch die, in dem Gesetze angedeuteten Eigenthümlichkeiten gerechtfertigt werden, ist zugleich anerkannt, daß es auch vom A. L. R. abweichende provincialrechtliche Vorschriften giebt, die ihre Begründung nicht in jenen eigenthümlichen Verhältnissen finden, und die daher vornehmlich auf Bestimmungen des gemeinen Rechtes beruhen.

Auch bei der, in der neuern Zeit wieder aufgenommenen Bearbeitung der Provincialgesetzbücher liegt, wie die darüber ergangenen höhern Anweisungen und zur Öffentlichkeit gekommenen Verhandlungen ergeben, lediglich die Voraussetzung zum Grunde, daß das jetzt gültige Provincialrecht theils aus solchen Vorschriften, die durch provincielle Eigenthümlichkeiten begründet werden, theils aus solchen besteht, denen dieser Charakter nicht beiwohnt, die vielmehr aus dem gemeinen Rechte entnommen sind. Den Redactören der Provincialgesetzbücher und den Ständen ist, ganz in Gemäßheit der Vorschriften der §§. IV. V. und VI. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794 und der Allerhöchsten Cabinetsorder vom 22. August 1798, N. C. C. Bd. X. Col. 1689. № LVI. [7]), die Aufgabe gestellt wor-

7) Auch bei Rabe, Sammlung Preuß. Gesetze Bd. V. S. 188—

den, ein eigentliches Provincialrecht, d. h. ein den Eigenthümlichkeiten der Provinz entsprechendes, herzustellen.

Erst das Patent wegen Einführung des A. L. R. und der A. G. O. in das Herzogthum Westphalen, das Fürstenthum Siegen mit den Ämtern Burbach und Neuen-Kirchen und die Grafschaften Wittgenstein-Wittgenstein und Wittgenstein-Berleburg vom 21. Juni 1825, Gesetzsammlung S. 153, hat in den §§. 2. und 3. [8]) für diese neu erworbenen Landestheile einen abweichenden Grundsatz aufgestellt, indem daselbst verordnet wird:

„Das A. L. R. mit den darüber nachher erfolgten Bestimmungen tritt an die Stelle der bisher geltend gewesenen gemeinen Rechte und derjenigen Landesgesetze oder der in ihnen enthaltenen Vorschriften, worin gemeines Recht aufgenommen, erläutert, ergänzt oder abgeändert worden ist."

„Die in den einzelnen vorgedachten Landestheilen und Orten bestehenden besondern Rechte und Gewohnheiten, desgleichen diejenigen Landes-Ordnungen oder Bestimmungen derselben, welche sich auf Provincialrechtsverhältnisse beziehen, behalten noch fernerhin ihre gesetzliche Kraft und Gültigkeit, dergestalt daß die vorkommenden Rechtsangelegenheiten hauptsächlich nach diesen und erst in de-

---

191. — Über die Veranlassung zu der angeführten Allerhöchsten Order siehe man Scholz, Provincialrecht der Kurmark, Abth. II. Th. 2. S. 41. u. flgd. — Vgl. Jahrbücher Bd. XVIII. S. 112. u. flgd. D. H.

8) Vgl. über die Auslegung der §§. 2. und 3. des angeführten Patents:

I. Frhr. von Haxthausen in der, Note 1) unter № II. Lit. B. № 5. angeführten Abhandlung S. 81—90., und

II. Rintelen, das Provincialrecht des Herzogthums Westphalen Th. II. S. 7—15. D. H.

ren Ermangelung nach den Vorschriften des A. L. R. (§. 2.) beurtheilt und entschieden werden sollen. Damit aber jede Ungewißheit darüber beseitigt werde, welche Landes-Ordnungen oder welche Bestimmungen derselben im Gegensatze der, mit Einführung des A. L. R. außer Anwendung tretenden (§. 2.) in Kraft bleiben: so behalten Wir Uns vor, ein vollständiges Verzeichniß derselben anlegen zu lassen und durch die Gesetzsammlung bekannt zu machen."

Zu den vollständigeren Provincialgesetzbüchern gehört das für gewisse Bezirke von Westpreußen geltende Landrecht vom Jahre 1721, welches, wie man nach dem Hergange der Gesetzgebung und der Geschichte annehmen muß, bei der Occupation von Westpreußen in diesen Landestheil nicht als ein gemeines, sondern als ein Provincialrecht eingeführt worden ist.

Der eine Theil von Westpreußen, wie es im J. 1772 unter Preußische Landeshoheit gelangte, bestand aus dem sogenannten Netzdistricte, der andere Theil aus den drei Woywodschaften oder Palatinaten Kulm, Marienburg und Pommerellen.

Der Netzdistrict hatte früher zu Großpolen gehört, und es waren in demselben bis zum Jahre 1772 die Polnischen Gesetze zur Anwendung gekommen.

Die drei Palatinate hatten vordem mit Ostpreußen eine, von dem Deutschen Orden im dreizehnten Jahrhunderte eroberte zusammenhängende Ländermasse ausgemacht. Ostpreußen war durch den Thorner Frieden (im October 1466) unter Polnische Lehnshoheit gekommen, ward späterhin im Jahre 1525 dem damaligen Hochmeister des Deutschen Ordens, Markgrafen Albrecht von Brandenburg, als ein weltliches, von der Krone Polen zu Lehn gehendes

Herzogthum verliehen, von Kur-Brandenburg, welches im Jahre 1569 die Mitbelehnung erhalten hatte, nach Abgang der Preußisch-Brandenburgschen Linie 1618 in Besitz genommen, und im Welauer Frieden von 1657 für unabhängig von Polen und für souverain erklärt. In diesem Landestheile galt das gemeine Römische und Sächsische Recht, und blieb als subsidiarisches Recht auch dann noch in Anwendung, nachdem das im Jahre 1620 publicirte „Landrecht des Herzogthums Preußen" die Stelle eines, für das Herzogthum zunächst geltenden Provincialrechts eingenommen hatte, welche auch die einer Revision unterworfenen, in den Jahren 1685 und 1721 publicirten Ausgaben des Landrechts behielten.

Die drei Palatinate Kulm, Marienburg und Pommerellen dagegen waren durch den schon gedachten Thorner Frieden von 1466 von Ostpreußen getrennt und an die Krone Polen abgetreten worden [9]), und in diesen Landestheilen blieb das bis dahin geltende Recht, nämlich das durch Sachsen-Recht, insbesondere durch den sogenannten alten Kolm [10]) modificirte Römische Recht, auch während ihrer Verbindung mit Polen bis zum Jahre 1772, fortdauernd in Gültigkeit.

Dies vorausgeschickt, ist aus dem Notifications-Patent vom 28. September 1772, N. C. C. Bd. V. Th. I. Col. 451. u. flgd. № XLIX., zu entnehmen, daß der neu erworbenen Provinz Westpreußen das Preußische Landrecht von 1721

---

9) Vgl. Rabe, neues Hülfsbuch für praktische Juristen Bd. III. S. 650—652., und Leman, Provincialrecht der Provinz Westpreußen Bd. I. S. XX. u. flgd. D. H.

10) Vgl. die, Note 1) № II. Lit. C. № 1. angeführte Abhandlung von Schweikart in den Jahrbüchern Bd. XXVI. S. 249—292., besonders S. 252. u. flgd., und Leman, das alte Kulmische Recht. Berlin 1838. D. H.

nur mit der Wirkung eines Provincialrechts verliehen worden ist, wie es in der ältern Provinz Ostpreußen selbst, zu der ein Theil der erworbenen Provinz in früheren Zeiten gehörte, ebenfalls nur gegolten hatte. So heißt es namentlich in dem gedachten Patent:

„Wir Friedrich ꝛc. thun kund ꝛc., daß, nachdem Wir nunmehro aus dem, der ganzen Welt öffentlich im Druck vor Augen gelegten Recht, die, bishero Uns und Unsern Vorfahren widerrechtlich vorenthaltene und von der Crone Pohlen besessene Lande, Preußen und Pommern, und bishero zu Großpohlen gerechnete Districte diesseits der Netze, nahmentlich ꝛc., als Unser rechtmäßiges Eigenthum in Besitz genommen haben ꝛc.“

— — „Zweitens — — Wir wollen, daß vom Dato der Publication dieses Unsers Notifications-Patents alle bisherigen Gesetze und Verordnungen in Justitz-Sachen, sie betreffen die Rechte selbst, oder die Gerichtliche Verfahrungsart — — von keiner weitern Kraft und Gültigkeit, sondern wie hiermit geschiehet, aufgehoben seyn sollen.“

„Dahingegen haben Wir Uns Drittens, vornehmlich in der Betrachtung, daß der größte Theil dieser Unserer jetzt vindicirten Provinz und Districte schon ehedem mit Unserm bisher schon besessenen Königreich Preußen einerley Rechte und Verfassung gehabt haben, bewogen gefunden, hiermit und Kraft dieses, die Gesetze und Justitz-Verfassung dieses Unsers Königreichs auch nunmehro in diesem, ihm hinwiederum einverleibten und zugebrachten Theile, hiermit — einzuführen, und — zur alleinigen Richtschnur vorzuschreiben ꝛc.“

Unter den Gesetzen des Königreichs Preußen, welche hiernach in die neue Provinz eingeführt werden, ist in der

Beilage A. zu dem Patente unter I., a. a. O. Col. 465. u. flgd., zuerst „das verbesserte Landrecht des Königreichs Preußen vom Jahre 1721, als das Grundgesetz in allen Justizsachen dieses Königreiches," aufgeführt. Zwar werden dort unter № II. u. flgd. allgemeine Landesgesetze, die in der ganzen Monarchie gesetzliche Kraft hatten, ebenfalls genannt. Die Einführung dieser letzteren beweist jedoch nicht, daß das Preußische Landrecht von 1721, gleich ihnen, ein gemeines Recht der Provinz Westpreußen geworden sei, was es nach seiner ganzen Eigenthümlichkeit als Provincialrecht einer andern Provinz (der ältern Provinz Ostpreußen) nicht werden konnte, sondern es folgt daraus nur, daß neben dem Preußischen Landrechte noch allgemeine Gesetze publicirt sind, wodurch der Charakter des erstern als Provincialrecht nur noch deutlicher hervortritt. Etwas Anderes läßt sich auch aus der Instruction für die Westpreußische Regierung vom 21. September 1773, N. C. C. Bd. V. Th. II. Col. 2125. u. flgd. № LII., welche im §. 13. über die Anwendung der in der Provinz neu eingeführten Gesetze ausführliche Bestimmungen enthält, nicht entnehmen.

Wäre das Landrecht von 1721 für Westpreußen ein gemeines Recht geworden, so würde es durch die Einführung des A. L. R., welches an die Stelle des gemeinen Rechtes trat, in allen seinen Theilen ohne Ausnahme aufgehoben sein. Das Letztere ist aber niemals behauptet, vielmehr das Preußische Landrecht in der Gerichtspraxis nie anders, als in der Eigenschaft eines Provincialrechts betrachtet worden, wie namentlich Leman, Provincialrecht der Provinz Westpreußen Seite XXVI., bezeugt, indem er sagt:

„Die Einführung des A. L. R. für die Preußischen Staa-

ten von 1794 hatte nur die Folge, daß dasselbe in die Stelle des Römischen Rechts als Hülfsrecht in Westpreußen Gültigkeit erhielt; die **Provincialgesetze** und besonders **das Preußische Landrecht von 1721** behielten ihre Kraft."

Diesem Zeugnisse muß nach dem vorher Angeführten um so mehr beigestimmt werden, als das Publications-Patent vom 5. Februar 1794 im §. III., wo es von den bestehenden Provincialgesetzen redet, nur in dem Sinne verstanden werden kann, daß es die Rechtssysteme, welche in den einzelnen Provinzen gültig waren, selbst wenn sie in weiterer Ausdehnung über das ganze bürgerliche Recht sich erstreckten, als Provincialgesetze ansieht; ein Gesichtspunkt, der in einigen nachfolgenden Patenten, namentlich in den Patenten wegen Einführung des A. L. R. in das Fürstenthum Hildesheim und die Stadt Goslar vom 8. März 1803, N. C. C. Th. XI. Col. 1313., in das Fürstenthum Eichsfeld, die Städte Mühlhausen, Nordhausen und Erfurt und das Erfurter Gebiet vom 24. März 1803, a. a. O. Col. 1457., und in die Erbfürstenthümer Paderborn und Münster, imgleichen die Abteien Essen, Werden und Elten vom 5. April 1803, a. a. O. Col. 1685, ebenfalls vorherrscht. Erst in dem schon oben gedachten Patente wegen Einführung des A. L. R. und der A. G. O. in das Herzogthum Westphalen rc. vom 21. Juni 1825 §§. 2. und 3., ist dieser Gesichtspunkt verlassen worden. Hier kommt es indeß nur auf den Sprachgebrauch des A. L. R. selbst an, und danach entscheidet über die Frage: ob eine Bestimmung provincialrechtlicher Natur sei? nur die Gewißheit, daß sie dem Provincialrecht einverleibt ist, nicht die Rücksicht, ob sie etwas vom gemeinen Recht **Abweichendes** enthält, und

ob es die Absicht dabei gewesen, eine Ausnahme von dem gemeinen Recht festzusetzen.

Gegen die vorstehend entwickelte Ansicht sind folgende Gegengründe geltend gemacht worden:

Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage kann zwar zunächst nur aus den Bestimmungen der §§. I—III. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794 entnommen werden. Wenn man bei dem Inhalte dieser §§. stehen bleibt, so möchte es sich wohl rechtfertigen lassen, das charakteristische Merkmal des Provincialrechts in die Begrenzung seiner räumlichen Wirksamkeit zu setzen, und demgemäß das Provincialrecht für identisch mit dem Territorialrecht zu erklären, d. h. mit derjenigen lex scripta, die — entweder als ein, das gesammte bürgerliche Recht umfassendes geschlossenes Gesetzbuch, oder doch als ein Inbegriff der, für einzelne Zweige des bürgerlichen Rechts geltenden Vorschriften — nur für eine Provinz, einen geographisch abgegrenzten District des Preußischen Staats, Gesetzeskraft hat; deren Wirksamkeit also mit den Territorialgrenzen der Provinz abschließt.

Daß aber das Publications-Patent vom 5. Februar 1794 nur in diesem Sinne verstanden werden könne, und daß demzufolge der §. III. desselben, wenn er von den, in den verschiedenen Provinzen bis dahin bestandenen, besondern „Provincialgesetzen" redet, hierbei die, das ganze bürgerliche Recht umfassenden Rechtssysteme — die in einzelnen Provinzen geltenden besondern Gesetzbücher — vor Augen gehabt habe, dürfte schon um deswillen einem erheblichen Zweifel unterliegen, weil zur Zeit der Emanation des A. L. R. ein solcher, das ganze bürgerliche Rechtssystem umfassender, in sich geschlossener Gesetz-Codex nur für die

eine Provinz Preußen in dem Landrecht vom Jahre 1721 vorhanden war; und weil gerade dieses Gesetzbuch hinsichts seiner Anwendbarkeit in den verschiedenen, die Provinz bildenden Landestheilen, damals schon so erhebliche Modificationen erlitten hatte, daß es nicht füglich unter den Gesichtspunkt eines Territorialrechts — eines für das damalige Ost- und Westpreußen geltenden Provincialgesetzbuches — gebracht werden konnte.

Der §. III. des Publications-Patents, aus welchem das Haupt-Argument dafür entnommen wird, daß das Provincialrecht identisch sei mit Territorialrecht, steht durch seine Bestimmung, daß die in den verschiedenen Provinzen bisher bestandenen besonderen Provincialgesetze und Statuten „zwar vor der Hand noch ihre gesetzliche Kraft und Gültigkeit behalten sollen," in untrennbarer Verbindung mit den sich anschließenden §§. IV. u. flgd., die von der damals beabsichtigten, in möglichst kurzer Frist zu vollendenden Redaction der Provincialgesetzbücher handeln, und deren specielle Festsetzungen auf einen ganz andern Begriff von Provincialrecht und Provincialgesetzen führen. Bei Festhaltung dieses Begriffs erscheint es aber geradehin unmöglich, das nur noch in einigen Districten der Provinz Westpreußen geltende Preußische Landrecht von 1721 für ein Provincialgesetzbuch Westpreußens zu erachten, und demzufolge diejenigen aus den Römischen, gemeinen Sachsen- und andern fremden Rechten stammenden Vorschriften, welche von denen des A. L. R. abweichen, für Westpreußisches Provincialrecht zu erklären.

Demnach sind es zunächst und hauptsächlich die Bestimmungen der §§. IV. u. flgd. des Publications-Patents, auf welche die abweichende Meinung gestützt wird, daß Provincialrecht und Territorialrecht nicht identisch sei, daß

vielmehr unter dem Provincialrechte, im Sinne des Publications-Patents, nur solche Rechtsvorschriften und Institute verstanden werden können, welche materiell, ihrem Ursprung und Zwecke nach, mit der Eigenthümlichkeit eines provinciellen Zustandes in Verbindung stehen.

Von der, im §. I. des Publications-Patents ganz allgemein ausgesprochenen Regel: daß in den gesammten Königlich Preußischen Landen dem bis dahin, d. h. bis zum Jahre 1794, recipirt gewesenen Römischen und gemeinen Sachsenrechte das A. L. R. substituirt sein solle, ist im §. III. die Ausnahme festgesetzt: daß in den einzelnen Provinzen der Monarchie, die bisher (d. h. bis zum Jahre 1794) bestandenen besondern Provincialgesetze und Statuten so lange noch neben dem A. L. R. und beziehungsweise gegen dessen Bestimmungen ihre gesetzliche Kraft und Gültigkeit behalten sollen, bis diese besonderen Gesetze, nach näherer Anleitung der §§. IV. u. flgd. des Publications-Patents, für jede Provinz gesammelt, revidirt, nach dem Plane des A. L. R. geordnet, und die zu redigirenden Entwürfe unter landesherrlicher Bestätigung, als eigene Provincialgesetzbücher, promulgirt sein werden. Bei dieser, in den §§. IV. und V. angeordneten Bearbeitung der Provincialgesetzbücher, soll zufolge des §. VI. vornämlich darauf gesehen werden, „daß die Gesetzgebung der einzelnen Provinzen mit der allgemeinen so viel als möglich in Gleichförmigkeit gebracht, die bisherige, in so mancher Rücksicht höchst nachtheilige Verschiedenheit und Ungewißheit der Rechte nicht ohne Noth fortgepflanzt, — vielmehr abweichende Bestimmungen nicht anders als aus sehr erheblichen Gründen in die Provincialgesetzbücher aufgenommen werden mögen.“ Unter diesen „sehr erheblichen Gründen“ versteht aber der §. VI. solche Gründe, „die auf die besondere Verfassung, na-

türliche Beschaffenheit und Lage der Provinz, oder auf gewisse eigenthümliche Arten von Gewerben und Beschäftigungen der Einwohner, oder endlich auf gewisse ursprüngliche, ohne Nachtheil wohlerworbener Rechte nicht aufzuhebende Einrichtungen und Anstalten sich beziehen."

Ein solches selbstständiges Provincialgesetzbuch, wie dasselbe gemäß §. IV. des Publications-Patents für jede Provinz bis zum 1. Juni 1796 zusammengestellt werden sollte, ist bekanntlich bis jetzt noch für keine Provinz vorhanden; denn auch in den Landestheilen, wo die eigenthümlichen provincialrechtlichen Bestimmungen zusammengestellt, und mit der landesherrlichen Bestätigung als Provincialrecht publicirt worden, wie das unterm 4. August 1801 und 5. März 1802 emanirte Ostpreußische Provincialrecht [11]), sind diese provinciellen Gesetze und Statuten doch nur in der Form abändernder oder ergänzender Zusätze zu den betreffenden Vorschriften des A. L. R. sanctionirt, nicht aber in der Form eines Gesetzbuches, d. h. eines in sich geschlossenen, mit Gesetzeskraft versehenen vollständigen Rechts-Systems.

Wenn man diesen, auf der gesetzlichen Grundlage der

§§.

11) Vgl. I. Patent vom 4. August 1801 wegen Publication des Provincialrechts für Ostpreußen, Litthauen, Ermeland und den Marienwerderschen landräthlichen Kreis, in so weit solches die Zusätze zum ersten Theil und den vier ersten Titeln des zweiten Theils des A. L. R. enthält, wodurch diesem Theil des Provincialrechts vom 1. Januar 1802 Gesetzeskraft beigelegt worden ist; N. C. C. Bd. XI. Col. 407. u. flgd. № XLV., und Rabe, a. a. O. Bd. VI. S. 568. u. flgd., und

II. Patent vom 6. März 1802, wegen Publication des Provincialrechts für Ostpreußen rc., in so weit dasselbe die Zusätze zum zweiten Theile des A. L. R. von dessen fünften Titel an bis zu Ende enthält, wodurch dieser Theil vom 1. September 1802 Gesetzeskraft erhalten hat, N. C. C. a. a. O. Col. 871. u. flgd. № XXV., und Rabe, a. a. O. Bd. VII. S. 163. u. flgd. D. H.

§§. I. bis VI. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794 beruhenden Gesichtspunkt festhält: so dürfte, in Bezug auf das hier in Rede stehende Westpreußische Provincialrecht, insbesondere das Preußische Landrecht von 1721, nicht zu bezweifeln sein: einmal, daß dieses Gesetzbuch nicht für ein Provincialgesetzbuch im Sinne des Publications-Patents §. IV. gelten, und sodann, daß dasselbe überhaupt nicht, am wenigsten aber in seinen, aus dem Römischen und gemeinen Sachsenrecht entnommenen Bestimmungen solche besondere Provincialgesetze und Statuten enthalten kann, die nach §. VI. desselben Patents zur Aufnahme in das, für die Provinz Westpreußen zu redigirende Provincialgesetzbuch geeignet sind, und die eben deshalb gemäß §. III. a. a. O. bis zur Emanation eines Westpreußischen Provincialgesetzbuchs in Gültigkeit bleiben, beziehungsweise das A. L. R. von seiner Anwendung ausschließen müßten.

Das Eine wie das Andere ergiebt sich aus näherer Betrachtung des Ursprungs des Preußischen Landrechts von 1721 und der Art, wie dasselbe in der Provinz Westpreußen Gesetzeskraft erhielt.

Dies Gesetzbuch ist bereits im Jahre 1620 publicirt und in den späteren Ausgaben vom Jahre 1685 und 1721 nur an einzelnen Stellen verändert. Es umfaßt in sechs Haupt-Abschnitten ein vollständiges, in sich geschlossenes Rechtssystem, und zwar sowohl des Civil- als des Strafrechts. Das erste Buch enthält die Civil-Proceß-Ordnung, im zweiten bis fünften Buche wird das Civilrecht und im sechsten das Strafrecht, so wie der Criminal-Proceß abgehandelt [12]). Die Grundlage dieses Gesetzbuches

12) Die Überschriften der einzelnen Bücher lauten:

ist das Römische und gemeine Sachsenrecht, so wie das aus letzterem, insbesondere aus dem Magdeburgischen abgeleitete Kulmische Recht; namentlich aber schließt sich das System des Civilrechts durchweg an das Römische Recht an. Die Grundsätze und Rechtsregeln desselben werden im Landrecht von 1721 theils als bekannt und unzweifelhaft vorausgesetzt, wie dies z. B. mit dem, nur gelegentlich im §. 6. Art. 9. Tit. 5. Buch IV.[13]) bei der Pfandschaftsklage erwähnten Rechtssatze: „nomina hereditaria ipso jure divisa sunt," geschehen ist, welchen der erste Senat des Collegiums bei Entscheidung des Rechtsstreits **Nehring**, genannt von **Szerdahelly**, wider **Taube** als Westpreußisches Provincialrecht zur Anwendung gebracht hat; theils sind Römische Rechtsregeln durch entsprechende Vorschriften des Preußischen Landrechts von 1721 nachgebildet, oder auch durch wörtliche Übersetzungen einzelner Stellen des corpus juris wieder gegeben worden. Letz-

Buch I.: „Von dem gerichtlichen Proceß."

Buch II.: „Von Ehesachen, Verlöbnissen, Legitimirung und derselben Ordnunge: Item von Pfleg- und Vormundschafften, und dergleichen zugehörigen Sachen."

Buch III.: „De acquirendo rerum dominio, earumque possessione et interdictis. Wie man Haab und Gut an sich bringe, und dero Eigenthumb überkomme, auch deroselben Gewehr oder Besitz erlange. Item, wie es in Irrungen, Spän und Streit der Possession, Spolii, und Entsetzung halber, soll gehalten werden."

Buch IV.: „Von Contracten und Handthierungen, die einen gewissen, oder keinen gewissen Nahmen haben, auch deroselben Actionen, Klagen und Forderungen."

Buch V.: „Von Testamenten, letzten Willen und dergleichen Geschäfften von Todes wegen. Auch von Erb- und Verlassenschaft derer, so ohne Testament abgestorben, wie es darin zu halten."

Buch VI.: „Von Peinlichen Sachen." D. H.

13) S. Entscheidungen des K. Geheimen Ober-Tribunals Bd. III. S. 299. D. H.

teres ist namentlich der Fall mit dem §. 10. Art. 2. Tit. 17. Buch IV.[14]) bei der Lehre von der condictio indebiti, wodurch der, in der Regel dem Kläger obliegende Beweis des ersten Erfordernisses jener condictio: daß nämlich für die Person des Zahlenden gar keine, auch nicht eine blos moralische Verbindlichkeit zur Zahlung vorhanden gewesen sei, ausnahmsweise zu Gunsten gewisser Personen dem Verklagten auferlegt wird, indem das Landrecht von 1721 in diesem §. eine singuläre Bestimmung des Römischen Rechts durch wörtliche Übersetzung der L. 25. pr. §. 1. Dig. de probationibus et praesumtionibus (XXII, 3.)[15]) dahin aufgenommen hat:

---

14) Im §. 10. a. a. O. heißt es:
„Was aber die Probation und Beweiß des Dinges, so man zu zahlen nicht schuldig gewest, anbelanget, soll auf nachfolgende Distinction fürnehmlich gesehen werden: Wann jemand einen beklagt, er habe Geld von ihm eingenommen, das er ihm nicht schuldig gewest: Oder habe ihm das vorhin auch einmahl bezahlet, und spricht dann Beklagter, er gestehe nicht, daß er einiges Geld vom Kläger empfangen. In diesem Fall soll der Kläger (wie auch sonst regulariter im andern) zur Beweisung der Ausgabe solches Geldes gelassen werden. Und so er die Ausgabe und Solutionem erwiesen: Alsdann muß hergegen der Beklagte darthun, daß ihm dasselbige Geld aus billiger und rechtmäßiger Schuld bezahlet worden sey. Sagt und excipiret er aber, der Beklagte, Anfangs, er gestehe zwar des empfangenen Geldes, gestehe aber nicht, daß er das unbillig solte eingenommen haben: Alsdann soll und muß der Kläger in solchem Fall beweisen, daß er ihm solch Geld nicht schuldig gewest: Sonst mag seine Klage nicht statt haben. Aber eine andere Gestalt hat es, wo eine unmündige oder minderjährige Person, ein Weib, ein Bauer, oder ein ander Einfältiger, Gerichtlicher Sachen ungeübter, mit solcher Klage unbillig bezahleten Gelds für Gericht kommen. Dann gegen denselben ist der Beklagte schuldig anzuzeigen, daß er solch Geld von ihm billig, und nicht wieder Recht eingenommen hat.“ D. H.

15) L. 25. pr. §. 1. Dig. l. c.: „Cum de indebito quaeritur,

— „Aber eine andere Gestalt hat es, wo eine unmündige oder minderjährige Person, ein Weib, ein Bauer, oder ein ander Einfältiger, Gerichtlicher Sachen ungeübter, mit solcher Klage unbillig bezahlten Geldes für Gericht kommen. Dann gegen denselben ist der Beklagte schuldig anzuzeigen, daß er solch Geld von ihm billig, und nicht wieder Recht eingenommen hat."

Ein Beispiel von der, bei der Redaction des Preußischen Landrechts von 1721 geschehenen Nachbildung Römischer Rechtsregeln findet sich bei der Lehre von der Vindication, indem der §. 6. Art. 1. Tit. 4. Buch III.[16])

---

quis probare debet, non fuisse debitum? res ita temperanda est, ut, si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit, et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem approbaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit, sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam acceperit. Etenim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, et indebitas effundat, et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est, et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse; et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum sit, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere. §. 1. Sin autem is, qui indebitum quaeritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agricultor, et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, et desidiae deditus, tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere, bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere."

D. H.

16) §. 6. a. a. O.: „Und solches hat zum dritten nicht alleine

den, der L. 23. Cod. de rei vindic. (III, 32.)[17]) und der L. 2. Cod. de furtis (VI, 2.)[18]) entsprechenden Grundsatz aufstellt: daß auch der redliche Erwerber einer gestohlenen Sache dieselbe dem vindicirenden Eigenthümer unentgeltlich herausgeben muß. Diese Vorschrift steht mit dem §. 26. Tit. 15. Th. I. des A. L. R. eben so im directen Widerspruch, wie die oben gedachte Regel des Römischen Erbrechts mit dem §. 131. Tit. 17. Th. I. des A. L. R., und die der L. 25. pr. §. 1. Dig. de probationibus et praesumt. entnommene Bestimmung über die rechtliche Begründung einer condictio indebiti, mit dem §. 178. Tit. 16. Th. I. des A. L. R. Daß aber weder die hier bezeichneten Vorschriften des Landrechts von 1721, noch überhaupt

---

statt in den Dieben und Räubern selbst, sondern auch in denjenigen, die von ihnen etwas bona fide und mit gutem Glauben gekaufft, oder sonsten durch einen andern rechtmäßigen Titul empfangen oder bekommen haben. Derowegen so mag der rechte Eigenthums-Herr dasselbige allezeit, auch ohne Erstattung des Geldes, damit es einer gekaufft und an sich gebracht, wiederum vindiciren und fordern, wofern er zu Rechte beweiset, daß es sein gewesen, und ihm abgestohlen oder abgeraubet worden. Man soll es ihme auch also gut, wie es ist, wiedergeben und zustellen: Der Beklagte aber soll und mag seinen regress an seinen Autorem oder Gewehrmann haben. Ist es aber gestohlen oder geraubet Viehe, und bey dem Käuffern, so es mit gutem Glauben besessen, oder andern Besitzern, in seiner Gewalt ohne seine Schuld gestorben, oder sonst umkommen, er darff es ihm nicht gelten."

D. H.

17) L. 23. Cod. l. c.: „Si mancipium tuum per vim vel furtum ablatum alii ex nulla iusta causa distraxerunt, vindicanti tibi dominium solvendi pretii nulla necessitas irrogetur." D. H.

18) L. 2. Cod. l. c.: „Incivilem rem desideratis, ut agnitas res furtivas non prius reddatis, quam pretium fuerit solutum a dominis. Curate igitur cautius negotiari, ne non tantum in damna huiusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis."

D. H.

irgend eine, dem Römischen oder gemeinen Sachsenrechte entnommene, von dem A. L. R. abweichende Bestimmung jenes älteren Gesetzbuches materiell für eine provincialrechtliche Bestimmung im Sinne des §. VI. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794 erachtet werden kann, dürfte keinem Zweifel unterliegen.

Wenn unter den Provincialrechten solche Gesetze und Statuten verstanden werden, die aus der Eigenthümlichkeit der Provinz hervorgegangen, durch die besondere Verfassung, natürliche Lage und Beschaffenheit der Provinz, durch eigenthümliche Arten von Gewerben und Beschäftigungen der Einwohner rc. ins Leben gerufen sind, so ist es ohne weiteres klar, daß für die Provinz Westpreußen, welche als solche erst aus den, im Jahre 1772 der Preußischen Monarchie einverleibten Landestheilen gebildet ward, keine provincialrechtlichen Bestimmungen im Sinne des Publications-Patents vom 5. Februar 1794, in dem älteren Preußischen Landrechte enthalten sein können, weil bei der Abfassung und Revision dieses Gesetzbuches in den Jahren 1620, 1685 und 1721 selbstredend nur auf das Bedürfniß und die Eigenthümlichkeit derjenigen Provinzen des Preußischen Staats, in welche das Gesetzbuch damals eingeführt werden sollte und beziehungsweise eingeführt war, Rücksicht genommen werden konnte. Dies waren aber nur diejenigen Landestheile, welche seit der Auflösung des Deutschen Ritterordens im sechszehnten Jahrhundert das Herzogthum, später seit dem Jahre 1701 das Königreich Preußen bildeten. In diesen Landestheilen galt jedoch das Landrecht von 1721 nicht als ein besonderes Provincialrecht, sondern als das allgemeine Landesgesetz, welches nur die damals schon geltenden, in der Anwendung recipirten Grundsätze und Vorschriften des Römischen und gemeinen Sachsenrechts in ein

vollständiges System zusammengestellt, und solchergestalt den, nach der Praxis bestehenden damaligen Zustand des materiellen Rechts mittelst derselben Operation verkörpert hatte, wie dieses siebenzig Jahre später durch die Redaction des A. L. R. geschehen ist, dessen System auf derselben Grundlage, dem gemeinen Rechte, beruht, und welches, gleich dem älteren Gesetzbuch, das bereits recipirte gemeine Recht in dem Zustande aufgefaßt und codificirt hat, wie dasselbe im Jahre 1794 durch die Praxis und vorgeschrittene Rechtswissenschaft sich ausgebildet und als bestehend dargestellt hatte.

Durch die Codificirung des Römischen und gemeinen Sachsenrechts in dem älteren Preußischen Landrechte ward nicht für einen bestimmten District ein neues materielles Recht geschaffen, sondern nur die Form der Rechtsquellen verändert. Den ursprünglichen Quellen, dem Corpus juris, dem Sachsenspiegel, dem alten Kolm rc. ward das, aus denselben extrahirte und bearbeitete Gesetzbuch von (1620) 1721, als die allein gültige Rechtsquelle, substituirt. Daraus aber, daß dieser Codex nicht für den ganzen Umfang der Monarchie, wo das gemeine Recht in seiner ursprünglichen Gestalt recipirt war, Gesetzeskraft erhielt, sondern nur für die, das damalige Herzogthum bildende Provinz Ostpreußen, folgt keinesweges, daß eben deshalb das Preußische Landrecht von 1721 nicht für ein allgemeines Landesgesetz, sondern für das, dieser Provinz eigenthümliche Provincialrecht erachtet werden müsse. Wenn ein Gesetzbuch nicht materiell provincialrechtliche Bestimmungen enthält, so kann es weder durch die ihm gegebene Form eines in sich geschlossenen Rechtssystems, noch durch die ihm nach gewissen Districten vorgezeichneten Grenzen seiner Wirksamkeit den Charakter eines Provincialrechts erlangen.

Muß aber hiernach angenommen werden, daß das

Preußische Landrecht von 1721 ursprünglich den Charakter eines Provincialrechts des Herzogthums Preußen nicht gehabt hat, so kann nur noch die Frage entstehen: ob es diesen Charakter durch seine, funfzig Jahre später im Jahre 1772 erfolgte Einführung in die damals neu erworbenen und der Preußischen Monarchie als Provinz Westpreußen einverleibten Landestheile erlangt habe?

Diese Frage ist zu verneinen. Das, nach der Occupation von Westpreußen zur Einrichtung des Justizwesens dieser Provinz ergangene Notifications-Patent vom 28. September 1772 hat alle, in den occupirten Landestheilen bis dahin bestandenen Gesetze und Verordnungen in Justizsachen unbedingt und ohne alle Ausnahme aufgehoben, und vom Datum der Publication des Patents an außer Kraft gesetzt, und zwar sowohl diejenigen Gesetze und Verordnungen, welche das materielle Recht selbst, als die, welche das gerichtliche Verfahren betreffen; vgl. № 2. des Notifications-Patents.

„Dahingegen haben wir Uns — so heißt es unter № 3. ebend. weiter — vornehmlich in der Betrachtung, daß der größte Theil dieser Unserer jetzt vindicirten Provinz und Districte schon ehedem mit Unserm bisher schon besessenem Königreich Preußen einerlei Rechte und Verfassung gehabt haben, bewogen gefunden, hiermit und Kraft dieses, die Gesetze und Justitz-Verfassung dieses Unsers Königreichs auch nunmehro in diesem, ihm hinwiederum einverleibten und zugebrachten Theile, hiermit folgendergestalt einzuführen und unter folgenden Maaßgebungen zur alleinigen Richtschnur vorzuschreiben.“

Alsdann folgen unter № 4. bis 15. Belehrungen über die Fundamental-Verfassung und verschiedenen Ressortverhältnisse des Königreichs Preußen, insbesondere über die

bestehenden und angeordneten Justiz-Einrichtungen; endlich wird unter № 16. auf die Anlage A. des Notifications-Patents hingewiesen, in welcher diejenigen Gesetze verzeichnet sind, die in der Provinz Westpreußen an die Stelle der bis dahin bestandenen aufgehobenen Gesetze und Verordnungen treten sollen.

In dieser Beilage ist nun zunächst unter I. das verbesserte Landrecht des Königreichs Preußen vom Jahre 1721 aufgeführt, welches als das Grundgesetz in allen Justizsachen des Königreichs bezeichnet ist. Sodann wird unter II. bis VIII. auf alle diejenigen, das materielle Recht und das Gerichtsverfahren betreffenden Gesetze und Verordnungen hingewiesen, welche seit dem Jahre 1721 im Königreich Preußen Gesetzeskraft erlangt haben. Mehrere dieser Gesetze werden speciell aufgeführt, z. B. unter II. „die bey der Justitzreforme — im Jahre 1751 promulgirte Instructiones mit ihren Annexis, als nehmlich den Sporteln- und Sportul-Cassen-Reglements, Deposital- und Pupillen-Ordnungen ꝛc.;" unter IV. die, durch die gedachten Instructionen vom Jahre 1751 bestätigte Schlesische Hypotheken-Ordnung vom Jahre 1750 u. a. m. Endlich wird im Allgemeinen auf „die übrigen Preußischen Gesetze und Constitutiones" hingewiesen, die sich in den namhaft gemachten Sammlungen, namentlich im Corpus constitutionum Prutenicarum für die Zeit bis 1721, und im Novum corpus constitutionum Prussico-Brandenburgensium für die Jahre 1751 bis 1771 u. s. w. befinden. Zugleich enthält die Beilage eine specielle Erörterung des, in dem Landrechte von 1721 aufgestellten Rechtssystems mit Hinweisung auf die dasselbe ergänzenden und abändernden, seit dem Jahre 1721 emanirten Specialgesetze.

Ähnliche Erläuterungen sind in der, am 21. Septem-

tember 1773 ergangenen Instruction für die Westpreußische Regierung (das damalige Landes-Justiz-Collegium) noch umständlicher gegeben.

Hieraus geht hervor, daß von einer, durch das Notifications-Patent von 1772 und die Regierungs-Instruction von 1773 geschehenen Einführung eines Provincialrechts für die Provinz Westpreußen nicht füglich die Rede sein kann. Das Preußische Landrecht von 1721 mag zwar hin und wieder auch provincialrechtliche Bestimmungen enthalten, es war aber, wie oben gezeigt ist, nicht das in Ostpreußen geltende Provincialrecht. Dies ist auch schon daraus deutlich zu entnehmen, daß das in den Jahren 1801 und 1802 in der Form eines Anhanges zum A. L. R. publicirte Ostpreußische Provincialrecht nur verhältnißmäßig sehr wenige Abweichungen vom A. L. R. als provincialrechtliche Bestimmungen sanctionirt hat, namentlich aber nicht diejenigen abweichenden Vorschriften des Landrechts von 1721, die ihre Quelle lediglich in dem Römischen und gemeinen Sachsenrecht haben. Insbesondere sind die obenerwähnten, von den Vorschriften des A. L. R. §. 26. Tit. 15., §. 178. Tit. 16. und §. 131. Tit. 17. Th. I. abweichenden Bestimmungen des Preußischen Landrechts von 1721 in das, in den Jahren 1801 und 1802 publicirte Ostpreußische Provincialrecht nicht aufgenommen, und es ist sonach gar nicht denkbar, daß jene Rechtssätze des älteren Gesetzbuches jemals als ein, den Vorschriften des A. L. R. derogirendes Westpreußisches Provincialrecht sanctionirt werden konnten.

Das Landrecht von 1721 wird im Notifications-Patent ausdrücklich als das, im damaligen Königreich Preußen (Ostpreußen) bestehende Grundgesetz bezeichnet. Ein solches war es wirklich, weil das im Jahre 1772 in der

gesammten Preußischen Monarchie bestehende, aus verschiedenen Quellen zu schöpfende gemeine Recht nur in jenem Gesetzbuch als ein geschlossenes Rechtssystem zusammengestellt war. Wenn aber das Landrecht von 1721 in Bezug auf das damalige Königreich Preußen nicht als dessen Provincialrecht, sondern nur als das in diesem Landestheile geltende allgemeine Landes- oder Grundgesetz betrachtet werden konnte: so folgt hieraus von selbst, daß eben dieses Gesetzbuch auch in die, im Jahre 1772 occupirte Provinz Westpreußen nur in gleicher Qualität eingeführt sein kann, also nicht als ein dieser Provinz verliehenes Provincialrecht, sondern als das, an die Stelle der aufgehobenen, bis zum Jahre 1772 bestandenen Gesetze und Verordnungen tretende allgemeine Landesgesetz.

Hatte nun der Complexus der, im Jahre 1772 von Ostpreußen auf die, als Provinz Westpreußen neu einverleibten Landestheile übertragenen Gesetze und Rechtsnormen, nämlich das Landrecht von 1721 und die übrigen zugleich eingeführten Verordnungen, als solcher nicht den Charakter eines Westpreußischen Provincialrechts, so wird auch eine einzelne, zu diesem Complexus gehörende Bestimmung als eine provincialrechtliche nur dann anzuerkennen sein, wenn sie dafür nach den Vorschriften des Publications-Patents vom 5. Februar 1794 zu erachten ist, und dasselbe wird in Beziehung auf die, für die Provinz Westpreußen seit dem Jahre 1772 bis zur Publication des A. L. R. ergangenen Verordnungen gelten müssen.

In Betreff der einzelnen im Notifications-Patent vom 28. September 1772 unter № II. bis VIII. neben dem Landrecht von 1721 promulgirten Gesetzbücher und Verordnungen wird die Feststellung dessen, was hiernach

als Provincialrecht anzusehen ist, in der Regel keine Schwierigkeiten haben; auch ist es wohl noch nicht bezweifelt worden, daß z. B. allen, im Landrecht von 1721 und im Codex Fridericianus Marchicus 2c. enthaltenen Vorschriften über das Gerichts-Verfahren die A. G. O., und der Schlesischen Hypotheken-Ordnung vom Jahre 1750 die Allgemeine Hypotheken-Ordnung vom 20. December 1783 auch für Westpreußen substituirt ist. Nur hinsichts des Hauptbestandtheils der älteren Gesetzgebung über das materielle Recht, hinsichts des zweiten, dritten, vierten und fünften Buches des Preußischen Landrechts von 1721, ist der Zweifel angeregt: ob nicht diejenigen, in dieses Gesetzbuch aus dem Römischen und dem gemeinen Sachsenrecht aufgenommenen Bestimmungen, die von den Vorschriften des A. L. R. abweichen, um deswillen als Westpreußisches Provincialrecht betrachtet werden, und demgemäß das A. L. R. von der Anwendung ausschließen müssen, weil sie in das Landrecht von 1721 aufgenommen worden sind.

Nach dem vorher Angeführten dürfte aber für eine Unterscheidung, je nachdem die Grundsätze des Römischen und gemeinen Sachsenrechts aus ihren Quellen codificirt oder in ihrer ursprünglichen Gestalt recipirt sind, ein haltbarer gesetzlicher Grund nicht aufzufinden sein. Der §. I. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794 kann eine solche Unterscheidung nicht rechtfertigen, steht vielmehr derselben geradezu entgegen; denn er verordnet allgemein und unbedingt, daß das A. L. R. an die Stelle der in Unsern (also sämmtlichen Preußischen) Landen bisher aufgenommen gewesenen Römischen, gemeinen Sachsen- und anderen fremden subsidiarischen Rechte treten soll. Es ist auch nicht abzusehen, worauf ein Unterschied: ob diese fremden Rechte

in ihren ursprünglichen Quellen, oder in einem aus den letzteren zusammengestellten Codex aufgenommen sind, sich stützen soll [19]).

Auch kann um so weniger angenommen werden, daß der §. I. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794 eine Unterscheidung der angedeuteten Art bezweckt habe, als das Römische und gemeine Sachsenrecht in den gesammten Preußischen Landen recipirt, aber nur für die beiden, das Königreich Preußen bildenden Provinzen in einem besondern Codex zusammengestellt war, und es an allen Gründen zu der Voraussetzung fehlt, daß für diese beiden Provinzen das Entgegengesetzte, als für die anderen Landestheile habe angeordnet werden sollen, wie doch offenbar der Fall sein würde, wenn der angeführte §. I. nicht auf die im Landrecht von 1721 enthaltenen Grundsätze des gemeinen Rechts angewendet, und vielmehr angenommen werden sollte, daß die recipirt gewesenen fremden Rechte zwar in allen Landestheilen dem A. L. R. weichen, ausnahmsweise aber in den Districten, wo das Landrecht von 1721 noch Gültigkeit hat, als Provincialrecht in Kraft bleiben und dem A. L. R. vorangehen. Den Verdacht einer so auffallenden Inconsequenz haben die Redactoren des A. L. R. nicht verschuldet, vielmehr durch die, dem §. I. des Publications-Patents gegebene allgemeine Fassung genügend beseitigt.

Endlich ist aber auch, abgesehen von den positiven Vor-

---

19) Vgl. die mit diesen Grundsätzen übereinstimmenden Rescripte vom 10. October 1796 (Stengel, Beiträge Bd. V. S. 447—453. und Rabe, Sammlung Bd. III. S. 566—569), und vom 4. September 1797 (Stengel, a. a. O. S. 453—455. und Rabe, a. a. O. Bd. IV. S. 241. 242.) D. H.

schriften des Publications-Patents, in der Sache selbst kein Grund aufzufinden, der den aufgestellten Unterschied und die aus demselben sich nothwendig ergebende Inconsequenz rechtfertigen könnte.

Die Gründe, welche der Aufrechthaltung provincialrechtlicher Bestimmungen das Wort reden, und die auch gewöhnlich geltend gemacht werden, sind entweder reale, aus der Eigenthümlichkeit der provinciellen Zustände und den Dispositionen der betreffenden Gesetze sich ergebende Rechts- oder Billigkeitsgründe, die gemäß §. VI. des Publications-Patents bei der Redaction der Provincialgesetzbücher vorzugsweise berücksichtigt werden sollen; oder rein historische Gründe, bei denen weniger der Inhalt des betreffenden Gesetzes, dessen Zweckmäßigkeit oder Nothwendigkeit, sondern hauptsächlich nur der Umstand in Betracht kommt, daß die fragliche Einrichtung, Verordnung rc. nun einmal seit langer Zeit bestanden hat, und eben durch dieses Bestehen und durch eine langjährige Ausübung den Bewohnern der Provinz bekannt und geläufig, vielleicht auch schon durch die Gewohnheit gewissermaaßen zum Bedürfniß geworden ist. Diese Gründe können aber in Bezug auf das Preußische Landrecht von 1721 keine Anwendung finden, und am wenigsten in Betreff derjenigen Districte der Provinz Westpreußen, in welchen allein gegenwärtig seit der Emanation des Ostpreußischen Provincialrechts von 1801 und 1802 das gedachte Gesetzbuch noch seine formelle Gültigkeit hat. Daß die gedachten realen Gründe, die aus der Eigenthümlichkeit der Provinz und ihrer Bewohner hervorgehen, auf die Provinz Westpreußen niemals Anwendung fanden, ergiebt sich aus dem, was vorher über den Inhalt und die Entstehung des älteren Landrechts, über die Bestandtheile der

im Jahre 1772 occupirten, die Provinz Westpreußen bildenden Landestheile und über die Art der Einführung jenes Gesetzbuches in diese Provinz auseinandergesetzt ist. Zugleich erhellt hieraus, daß eben so wenig historische Gründe denkbar sind, die den Bewohnern der betreffenden Districte die unbedingte Aufrechthaltung des älteren Landrechts wünschenswerth machen möchten.

Wohl aber sind andererseits die erheblichsten Gründe vorhanden, die eine baldige Abschaffung dieses Überrestes der veralteten Gesetzgebung, sowohl für die betreffenden Einwohner der Provinz, als für die Rechtsverwaltung und die Rechtswissenschaft im hohen Grade wünschenswerth machen, da bei dem jetzigen Stande der Sache das Fortbestehen jenes Gesetzbuchs für die Recht suchenden Parteien wie für die Gerichte, eine beklagenswerthe Ungewißheit des Rechts und Unsicherheit der Rechtspflege zur nothwendigen Folge haben muß.

In der Provinz Ostpreußen, für welche das Landrecht im Jahre 1721 (eigentlich bereits im Jahre 1620) redigirt ward, gilt dasselbe schon seit den Jahren 1801 und 1802 nicht mehr; in Westpreußen dagegen, für welches das Gesetzbuch von 1721 nicht bestimmt war, und wo dasselbe erst im Jahre 1772 eingeführt ward, soll es nach der gegenseitigen Ansicht in seinem ganzen Umfange, so weit es nicht später ausdrücklich aufgehoben worden, noch jetzt Anwendung finden. Indeß erstreckt sich diese Gültigkeit keinesweges auf alle diejenigen Districte, die im Jahre 1772 die Provinz Westpreußen bildeten, und die jetzt den Bezirk des Oberlandesgerichts von Westpreußen zu Marienwerder und der beiden Regierungen zu Marienwerder und Danzig ausmachen. Der ursprünglich zur Provinz Westpreußen gezogene

Netzdistrict ward nach der Reoccupation im Jahre 1815 zum Großherzogthume Posen geschlagen [20]), und bildet gegenwärtig größtentheils den Bezirk der Königlichen Regierung zu Bromberg. Dieser Landestheil, so wie der größte Theil des Palatinats Kulm und die Stadt Thorn mit ihrem Gebiete kamen durch den Tilsiter Frieden im Jahre 1807 an das vormalige Herzogthum Warschau und unter die Herrschaft des Code Napoléon, welcher die Provincialrechte insgesammt abschaffte. Beide Landestheile gelangten zwar im Jahre 1815 wieder unter Preußische Landeshoheit, und durch die Patente vom 9. November 1816 [21]) wurde auch sowohl im Kulm-Michelauschen Kreise, als in dem zum Großherzogthum Posen geschlagenen vormaligen Netzdistrict an die Stelle des Code Napoléon wiederum das A. L. R. mit einigen provincialrechtlichen Abweichungen zum Gesetzbuch des Landes erhoben; die durch die Fremdherrschaft

20) Über das hier und weiterhin im Text Rücksichts der Veränderungen im Gebiet und in der Gesetzgebung Angeführte vgl. man:

I. Leman, Provincialrecht der Provinz Westpreußen Bd. I. S. XXV. XXVI. XXVIII—XXX.

II. Desselben historisch-geographische Einleitung in die Provincialrechte Westpreußens. Marienwerder 1830. §§. 11. 13. 14. 16—18. 20—30.

III. Rabe, neues Hülfsbuch Bd. III. S. 651. 652.

D. H.

21) Vgl. I. Patent wegen Wiedereinführung des A. L. R. und der A. G. O. in die mit der Provinz Westpreußen vereinigten Districte, den Kulm- und Michelauschen Kreis und die Stadt Thorn mit ihrem Gebiete, vom 9. November 1816. §. 2., Gesetzsammlung S. 217., und

II. Patent wegen Wiedereinführung der Preußischen Gesetze in das Großherzogthum Posen, vom 9. November 1816. §. 2., Gesetzsammlung S. 225.

D. H.

schaft verdrängten frühern Provincialgesetze blieben aber sowohl im Kulm-Michelauschen Kreise, als in dem, im Jahre 1818 wiederum zu Westpreußen geschlagenen kleinen Theil des vormaligen Netzdistricts abgeschafft. Dagegen war schon im Jahre 1782 ein Theil von Ostpreußen, der damalige Marienwerdersche landräthliche Kreis mit den beiden Hauptämtern Marienwerder und Riesenburg, zu Westpreußen geschlagen. Hier galt nun zwar auch das Preußische Landrecht, jedoch nicht mit den Bestimmungen der Westpreußischen Regierungs-Instruction vom 21. September 1773, sondern mit denen der Ostpreußischen Regierungs-Instruction vom 30. Juli 1774 [22]), die bei mehreren Gegenständen bedeutend abweichen. Das im Jahre 1801 und 1802 für Ostpreußen publicirte Provincialrecht ward durch die Publications-Patente vom 4. August 1801 und 6. März 1802 ausdrücklich auch auf den zu Westpreußen geschlagenen Marienwerderschen landräthlichen Kreis ausgedehnt, und seitdem ist also auch in diesem Theile der Provinz Westpreußen das Preußische Landrecht von 1721 außer Kraft gesetzt. In der Stadt Danzig, welche mit ihrem Gebiete im Jahre 1793 zu Westpreußen geschlagen wurde, hat das Preußische Landrecht niemals Gültigkeit gehabt; wohl aber gilt dasselbe in einem Theil des Stadtgebiets, dem sogenannten neuen Territorium, und demzufolge z. B. in dem Danziger Hafenort Neufahrwasser. Das Landrecht von 1721

22) Neue und verbesserte Instruction für die Ost-Preußische Regierung, das Tribunal, Hof-Gericht, Pupillen-Collegium, Consistorium, Ober-Burggräfliche Amt und Hof-Hals-Gericht und Criminal-Collegium zu Königsberg. De dato Berlin, den 30. Julii 1774; N. C. C. Bd. V. Th. IV. Col. 341. u. flgd. № LI. D. H.

findet also gegenwärtig nur noch in folgenden Districten der Provinz Westpreußen Anwendung:

1. in dem kleinen, durch den Tilsiter Frieden nicht mit an das Herzogthum Warschau abgetreten gewesenen Theile des vormaligen Palatinats Kulm, nämlich der Festung und Stadt Graudenz mit ihrem Weichbilde;

2. in dem Palatinat Marienburg mit Einschluß einiger, in administrativer Hinsicht zum Königsberger Regierungsbezirk geschlagenen Ortschaften, und

3. in dem Palatinate Pommerellen, mit Einschluß eines Bezirks, welcher durch den Tilsiter Frieden an den Freistaat Danzig abgetreten worden war, und der seit 1814 das sogenannte neue Territorium der Stadt Danzig bildet.

Da sich diese provincialrechtlichen Bezirke des Preußischen Landrechts von 1721 überall mit denjenigen Districten kreuzen und berühren, in denen jenes Gesetzbuch niemals gegolten hat, und beziehungsweise seit den Jahren 1802 und 1807 nicht mehr gilt, so läßt sich leicht ermessen, daß die richtige Anwendung dieses sogenannten Provincialrechts schon für den Richter ein sehr mühsames Studium erfordert, welches überdies durch die Unverständlichkeit der veralteten Sprache und das Verworrene und Schwankende in den aufgestellten Begriffen und Vorschriften des alten Gesetzbuches merklich erschwert wird. Die diesem Provincialrechte unterworfenen Eingesessenen der Provinz, meist Landbewohner und großentheils solche, die nur Polnisch verstehen, können von der Existenz und dem Inhalte dieses Gesetzbuches und von den Bedingungen seiner Anwendbarkeit auch nicht die oberflächlichste Kenntniß erhalten, viel weniger bei ihren Rechtsgeschäften und Processen gerade von denjenigen Vorschriften Notiz nehmen, die aus dem

Römischen und gemeinen Sachsenrechte in dieses ältere Gesetzbuch aufgenommen sind, mit denen aber die Vorschriften des als Landesgesetz publicirten A. L. R. nicht übereinstimmen.

Es leuchtet ein, daß die Fortdauer eines solchen provinciellen Rechtszustandes, wie derselbe durch die partielle Aufrechterhaltung des Landrechts von 1721 in Westpreußen herbeigeführt worden ist, nicht nur die auffallendsten Inconsequenzen und eine sehr bedauerliche Unsicherheit des Rechts zur Folge haben muß, sondern in manchen Fällen auch eine nicht zu rechtfertigende Ungleichheit des materiellen Rechts nach sich zieht. Für eine solche ist es z. B. gewiß anzusehen, daß der redliche Erwerber einer gestohlenen Sache, wenn er Eingesessener des Stuhmer Kreises ist, dieselbe, in Gemäßheit des Preußischen Landrechts von 1721, dem vindicirenden Eigenthümer unentgeldlich herausgeben muß, wogegen er, falls sein Domicil vielleicht nur hundert Schritte davon im Marienwerderschen Kreise belegen wäre, nach dem A. L. R. vom Vindicanten den Ersatz des gezahlten Kaufgeldes verlangen könnte.

Einer solchen Anwendung des geschriebenen Rechtes — mag dasselbe Provincial- oder gemeines Recht genannt werden — ist auf alle Weise entgegen zu arbeiten, und diesem Zwecke entspricht es, wenn der Begriff des Provincialrechts im Sinne des Publications-Patents nicht als identisch mit Territorialrecht, sondern in der, aus dem §. VI. jenes Patents sich ergebenden materiellen Bedeutung aufgefaßt, und demgemäß das Preußische Landrecht von 1721 namentlich alsdann von seiner Anwendung ausgeschlossen wird, wenn dessen, von den Vorschriften des A. L. R. abweichende Bestimmungen nicht in der Eigenthümlichkeit eines

provinciellen, Westpreußischen Zustandes ihren Ursprung haben, sondern lediglich aus dem Römischen oder Sächsischen Recht entnommen sind.

Die Widerlegung der vorstehenden Gegengründe ist größtentheils schon in demjenigen enthalten, was früher zur Motivirung des Plenar-Beschlusses ausgeführt worden. Es bedarf daher nur noch folgender Bemerkungen:

Nicht davon ist die Rede: ob im Jahre 1772 das Landrecht von 1721 als Provincialrecht in Westpreußen eingeführt worden, sondern davon, welchen Begriff im Jahre 1794 das Publications-Patent vom 5. Februar desselben Jahres mit dem Ausdrucke „Provincialgesetz" verbunden hat. Daß aber darunter nichts anderes verstanden worden, als

> Gesetze, die nicht in dem ganzen Umfange der damaligen Monarchie, sondern nur in einzelnen Theilen derselben Gültigkeit hatten ohne Unterschied, welcher Quelle sie auch entnommen seien, und ob sie zu einem vollständigen Rechtssysteme verbunden worden oder nicht,

ergiebt sich unzweifelhaft sowohl aus den Worten des angeführten Publications-Patents, als auch insbesondere aus den Vorschriften über das Verfahren bei Redaction der Provincialgesetzbücher. Die Frage:

> ob eine Vorschrift materiell provincialrechtlicher Natur sei, d. h. ob sie sich auf provincielle Eigenthümlichkeiten gründe oder nicht?

gehört nicht, wie die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung behaupten, zur richterlichen Entscheidung, sondern zur Provincialgesetzgebung, bei welcher diese Frage mit Zuzie-

hung der Stände einer jeden Provinz zu beantworten ist. Bis zur Erscheinung des Provincialrechts hat der Richter das für eine einzelne Provinz gegebene Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Ursprung als ein noch gültiges Provincialrecht anzuerkennen. Die aus einer solchen Fortdauer einiger Bestimmungen des Römischen und gemeinen Rechts entstehenden Nachtheile erschienen dem Gesetzgeber vor 1794 gegen die Vortheile, welche eine sorgfältige Prüfung aller und jeder in den einzelnen Provinzen bestehenden Gesetze gewährte, und gegen die Ungewißheit des Rechts, welche ein abweichendes Verfahren herbeigeführt haben würde, nur unbedeutend, zumal nach §. IV. des Publications-Patents die Bearbeitung der Provincialgesetze schon angefangen hatte, weshalb auch der dazu bestimmte Termin nur noch auf zwei Jahre verlängert ward. Daß sich die Ausarbeitung der Provincialgesetzbücher über diese Frist hinaus so lange verzögern würde, als dies wirklich der Fall gewesen ist, konnte nicht vorausgesehen werden. Das Interimisticum von zwei Jahren war kurz und unschädlich. Auch bestehet der Nachtheil, der aus der Verzögerung hervorgegangen ist, nicht sowohl darin, daß Bestimmungen des Römischen und gemeinen Rechts, welche von denen des A. L. R. abweichen, noch hin und wieder zur Anwendung gebracht worden sind, als vielmehr darin, daß es an einer vollständigen Sammlung der noch gültigen Provincialgesetze fehlt, ein Mangel, der durch die jetzt erschienenen Entwürfe der einzelnen Provincialrechte, so weit es ohne deren gesetzliche Sanction geschehen kann, abgeholfen worden.

Die Klagen über die nachtheiligen Folgen, welche die Fortdauer der in dem Preußischen Landrecht enthaltenen, aus dem Römischen und gemeinen Rechte entnommenen

Bestimmungen in der Provinz Westpreußen herbeiführt, Klagen, die jedoch nach der bisherigen Erfahrung als übertrieben erscheinen, treffen lediglich die bis jetzt unterbliebene Emanation eines Provincialrechts für Westpreußen, und man könnte mit der darauf Bezug habenden Ausführung sich ganz einverstanden erklären, ohne daß hieraus irgend etwas gegen die Richtigkeit des von dem Plenum des Collegiums angenommenen Grundsatzes zu folgern wäre.

Sachregister
des
Vierten Bandes der Entscheidungen des Geheimen Ober-Tribunals.

---

und zweien vereideten Schöppen gebildet wird, obgleich bei dem Dorfgerichte noch mehrere Schöppen vorhanden sind. № 8. S. 80.

Die Vertretungsverbindlichkeit der Mitglieder eines Dorfgerichts, welche bei Aufnahme eines Testaments die gesetzlichen Förmlichkeiten verabsäumen, beschränkt sich auf den Fall, wenn sie unterlassen, das aufgenommene Testament dem Gerichtshalter ohne Zeitverlust einzuhändigen. . . . . № 8. S. 80.

Ehefrau.

Ein Altsitzer, welcher eine anderweitige Ehe eingeht, ist berechtigt, seine Ehefrau und demnächst die, mit ihr erzeugten Kinder in den Altensitz aufzunehmen, so fern ihm eine abgesonderte Wohnung eingeräumt und zu seinem Unterhalt besondere Prästationen oder Ländereien überwiesen worden. . . . . № 3. S. 23.

Ehegatte.

Im Fürstenthum Münster ist ein, in der dort geltenden Gütergemeinschaft lebender Ehegatte nicht berechtigt, den ganzen Inbegriff des gemeinschaftlichen Vermögens ohne Zustimmung des andern zu veräußern. . . . . № 16. S. 148.

Ehegelöbniß.

Kann eine, unter dem Versprechen der Ehe Geschwächte auch dann die Vollziehung der Ehe oder, falls der Schwängerer diese verweigert, alle Rechte einer geschiedenen, für den unschuldigen Theil erklärten Ehefrau verlangen, wenn das Eheversprechen mehrere Jahre vor erfolgter Schwängerung abgegeben worden ist? № 10. S. 102.

Verliert die Geschwächte die gedachten Ansprüche an den Schwängerer durch eine spätere Verlobung mit einem Andern?
№ 10. S. 103.

Eheversprechen, s. Ehegelöbniß.

Eigene Order.

Ein, an die Order des Ausstellers gezogener, von einem Nichtwechselfähigen acceptirter Wechsel gilt als Anweisung.
№ 28. S. 259.

Der Acceptant wird dem Indossatar aus der Annahme eines solchen Wechsels selbst dann verhaftet, wenn zur Zeit der letzteren das Giro noch nicht erfolgt war. . . . . № 28. S. 259.

Doch muß auch in diesem Falle der Indossatar, wenn der Aussteller das Geschäft in seinem Auftrage gemacht hat, sich diejenigen Einwendungen gefallen lassen, welche dem Acceptanten gegen den Aussteller zustehen. . . . . № 28. S. 259.

Eigenthumsverleihung.

In den Landestheilen, welche zum ehemaligen Großherzogthum Berg eine Zeit lang gehört haben, gebührt den Besitzern der, im §. 11. des Decrets vom 13. September 1811 wegen der abgeschafften Rechte und Abgaben, erwähnten Kurmudsgüter ein Anspruch auf das volle Eigenthum nach §. 15. des Gesetzes vom 21. April 1825 nur dann, wenn die, in jedem einzelnen Falle besonders vorzunehmende Prüfung ergiebt, daß ihnen bereits zur Zeit, wo das ge-

Digitized by Google

Gewerbeschein.
Kaufleute und Handlungsgehülfen derselben, welche im Umherreisen Waarenbestellungen suchen, ohne sich über die Befugniß dazu durch einen Gewerbeschein ausweisen zu können, haben, wenn ihnen auch bei gehöriger Meldung der Gewerbeschein steuerfrei zu ertheilen war, doch den vierfachen Betrag des Steuersatzes von zwei Thalern als Strafe zu entrichten, und überdies die Confiscation derjenigen Gegenstände verwirkt, die sie wegen ihres Gewerbes bei sich führen.
№ 39. S. 403.

Gewinnbrief.
Der, bei Kurmudsgütern in den Gewinnbriefen sich findende Vorbehalt:
„daß der Hof nach dem Absterben der Pächter los und ledig zur freien Disposition wieder anheim fallen und ihre Kinder oder sonstige Erben kein weiteres Recht daran haben sollen, als dasjenige, welches sie auf's Neue wiedergewinnen und ihnen alsdann gestattet wird,"
schließt ein vererbliches Besitzrecht an dem Grundstücke nicht aus.
№ 5. S. 51.

Groschen.
Die Allerhöchste Cabinetsorder vom 25. October 1825, nach welcher bei künftigen Verträgen und Rechnungen unter der Bezeichnung von Groschen, nur Silbergroschen verstanden sein sollen, bezieht sich nur auf den Fall, wenn in Verträgen die Bezeichnung: Groschen, ohne nähere Angabe der Münzsorte, gebraucht ist. № 6. S. 65.
Haben die Parteien mündlich contrahirt, so muß bei entstehendem Streit durch Beweisaufnahme ermittelt werden, über welche Art von Groschen sie einig geworden. . . . . . . № 6. S. 65.

Großeltern.
Die Befugniß zur Anordnung einer Pupillar-Substitution steht nur den Eltern, nicht den Großeltern und den entfernteren Verwandten in der aufsteigenden geraden Linie, zu. . . . . . № 2. S. 14.

Grundeigenthum.
Die Bergbauenden sind verpflichtet, den Grundeigenthümern allen, an ihren Grundstücken durch den Betrieb des Bergbaus unmittelbar verursachten Schaden zu ersetzen.
Diese Verbindlichkeit wird auch alsdann nicht ausgeschlossen:
1. wenn die Anlagen, wodurch die Beschädigung herbeigeführt worden, nicht **unter** den beschädigten Grundstücken selbst gemacht sind, noch
2. die Beschädigung bei gehöriger Aufmerksamkeit sich vorhersehen ließ, und eben so wenig
3. aus dem Schaden des Grundeigenthümers ein Vortheil für den Bergbauenden erwächst. . . . . № 36. S. 354.

Grundgerechtigkeit.
Die Vorschrift des §. 14. Tit. 22. Th. I. des A. L. R., daß bei der Erwerbung einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung, nachge-

Minden.

Der mahljährige Besitzer eines, in den Fürstenthümern Münster und Minden oder in der Grafschaft Ravensberg belegenen Colonats, welcher entweder selbst, oder dessen vorverstorbener Ehegatte schon zur Zeit der Aufhebung des Leibeigenthums durch das Bergische Decret vom 12. December 1808 und beziehungsweise durch das Westphälische Decret vom 23. Januar desselben Jahres sich im Colonatsbesitze befunden hat, ist nicht verpflichtet, das, beim Ablaufe der Mahljahre vorhandene, aus den Mitteln der Stätte erworbene Peculium zurückzulassen. . . . . № 37. S. 367.

Miterbe.

Vor erfolgter Theilung der Erbschaft haften mehrere Miterben den Erbschaftsgläubigern nicht solidarisch, sondern blos nach Verhältniß ihrer Erbtheile; sie können jedoch nur gemeinschaftlich, d. h. zusammen, nicht einzeln, belangt werden. . . . . . № 32. S. 302.

Es ändert hierin nichts, wenn auch die mehreren Miterben für Erben ohne Vorbehalt zu achten sind, letztere mögen mit Beneficial-Erben concurriren oder nicht. . . . . № 32. S. 303.

Die Erben ohne Vorbehalt haften aber für denjenigen Betrag der Nachlaßschulden, für den sie nach Verhältniß ihres Erbtheils aufkommen müssen, nicht nur mit diesem Erbtheile, sondern auch über denselben hinaus mit ihrem eigenen Vermögen und ihrer Person. № 32. S. 303.

Münster.

Im Fürstenthum Münster ist ein, in der dort geltenden Gütergemeinschaft lebender Ehegatte nicht berechtigt, den ganzen Inbegriff des gemeinschaftlichen Vermögens ohne Zustimmung des andern zu veräußern. . . . . № 16. S. 148.

Das Eigenthum eines, in dem zum ehemaligen Großherzogthum Berg gehörigen Theile des Fürstenthums Münster belegenen, sonst eigenbehörigen, zur Zeit der Verkündigung des Decrets vom 12. December 1808 von einem Mahlzähler besessenen Colonats ist schon mit Eintritt der Gesetzeskraft dieser Verordnung, nicht erst mit dem Ablauf der später beendigten Mahljahre des Mahlzählers, den Erben des früheren Colonen anheimgefallen. . . № 26. S. 243.

S. auch Minden.

Münzsorte.

Die Allerhöchste Cabinetsorder vom 25. October 1825, nach welcher bei künftigen Verträgen und Rechnungen unter der Bezeichnung von Groschen, nur Silbergroschen verstanden sein sollen, bezieht sich nur auf den Fall, wenn in Verträgen die Bezeichnung: Groschen, ohne nähere Angabe der Münzsorte, gebraucht ist. № 6. S. 65.

Haben die Parteien mündlich contrahirt, so muß bei entstehendem Streit durch Beweisaufnahme ermittelt werden, über welche Art von Groschen sie einig geworden. . . . . . . № 6. S. 65.

Register

über

die im vierten Bande der Entscheidungen des Geheimen Ober-Tribunals erläuterten Gesetze.

Allgemeines Landrecht.

Allgemeines Landrecht.

Allgemeines Landrecht.

Theil I.

Tit.	§.	№	S.
21.	395.	1.	1
—	401.	12.	118
—	402.	12.	118
—	403.	12.	118
—	406.	12.	118
22.	14.	18.	171

Theil II.

Tit.	§.	№	S.
1.	135.	10.	104
—	1035 (1047.)	10.	103
—	1080 (1092.)	10.	104
—	1081 (1093.)	10.	104
2.	127.	9.	95
—	129.	9.	95
—	521.	2.	15
—	522.	2.	15
—	523.	2.	15
—	544.	2.	15
5.	186.	11.	112
7.	79.	8.	80
—	82.	8.	81
—	83.	8.	81
—	84.	8.	81
8.	456.	25.	228
—	463.	25.	228
—	466.	25.	228
—	713.	28.	260
—	714.	28.	260
—	943.	28.	260
—	994.	28.	260

Theil II.

Tit.	§.	№	S.
8.	1002.	28.	260
—	1003.	28.	260
—	1722.	38.	398
10.	88.	8.	81
—	89.	8.	81
11.	161	15.	142
—	162.	15.	142
—	167.	15.	142
—	168.	15.	142
—	552.	15.	141
—	568.	15.	141
—	585.	15.	141
—	650.	15.	141
—	651.	15.	141
—	652.	15.	141
—	653.	15.	141
—	654.	15.	141
—	655.	15.	141
—	656.	15.	141
—	657.	15.	141
—	658.	15.	141
—	659.	15.	141
—	659.	15.	142
—	774.	15.	141
16.	109.	36.	355
—	110.	36.	355
—	111.	36.	355
—	112.	36.	355
—	116. b.	36.	355
—	150.	36.	355

Allgemeine Gerichtsordnung.

Einleitung §. 58. № 22. S. 207.

Theil I.

Tit.	§.	№	S.
1.	38.	32.	305
3.	30.	27.	256
Anhang (zu §. 36.).			
—	46.	29.	273
Anhang (zu §. 40. u. flgd.).			
—	47.	29.	273
—	54.	27.	256
14.	19.	22.	207

Theil I.

Tit.	§.	№	S.
14.	49.	22.	207
—	63.	22.	207
Anhang (zu §. 63.).			
—	123.	22.	207
Anhang (zu §§. 75. 77.).			
—	128.	22.	207
44.	56.	1.	1
—	60.	1.	1
50.	126.	14.	136

Allgemeine Gerichtsordnung.

Allgemeine Hypothekenordnung.

Einzelne Gesetze und Verordnungen.

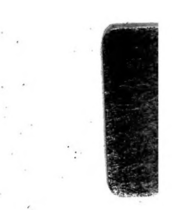
Gedruckt bei Trowitzsch und Sohn.

Druckfehler.

Seite	Zeile		
4	10 v. u.	lies:	ibi statt sibi.
21	11 v. u.	=	Pflichttheil statt Pflichtheil.
25	5 v. o.	=	Gegenleistungen statt Gegenleistung.
117	8 v. u.	=	zureichenden statt zureichendem.
163	8 v. u.	=	Merckel statt Merkel.
249	1 v. u.	=	9. October statt 8 October.
270	9 u. 10 v. u.	=	dem Accept, damit dasselbe Wirkung erlange, das Indosso ꝛc. statt: das Accept, um Wirkung zu erlangen, dem Indosso ꝛc.
307	8 v. o.	=	auch nicht einmal statt auch einmal.
351	12 v. o.	=	was statt welcher.
—	16 u. 17. v. u.	lies:	Rechnungslegung statt Rechunngslegung.
386	11 v. u.	lies	Westphalen statt Westpalen.

Digitized by Google

Digitized by Google





Digitized by Google



Digitized by Google